

القانون الدولي الخاص المصري

تأليف

حامد زكي

دكتور فى العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية

أستاذ القانون المدنى والقانون الدولى الخاص بكلية الحقوق

الطبعة الأولى

١٣٥٥ هـ — ١٩٣٦ م

مطبعة نورى بالقاهرة

للمؤلف

(ا) باللغة العربية

١ — التكاليف العينية والالتزامات الشخصية (مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى) .

٢ — التوفيق بين القانون والواقع (مجلة القانون والاقتصاد فى السنتين الأولى والثانية) .

٣ — عقد التوريد وتغير الظرف الفجائى (مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية) .

٤ — المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية (مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة) .

٥ — تغيير الديانة وآثاره (مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة) .

٦ — تعليقات على الأحكام فى المواد المدنية (مجلة القانون والاقتصاد) .

٧ — مذكرات فى النظرية العامة فى الاثبات (١٩٣٢ — ١٩٣٣) .

(ب) باللغة الفرنسية

1. — L'imprévision dans le droit anglais comparé, Paris, 1930.

2. — La construction sur le terrain d'autrui, (L'Egypte Judiciaire, 1931-1932).

3. — La formation et la non-exécution des contrats en générale, (Revue Al-Kanoun Wal-Iktisad, 1932).

4. — L'assurance-responsabilité, (L'Egypte Judiciaire, 1933).

5. — Vers une réglementation légale de la co-propriété avec indivision en Egypte, (Bulletin de la Société Française de Législation Comparée, 1933).

6. — La nationalité de la femme mariée, (Revue Al-Kanoun Wal-Iktisad, 1934).

7. — L'exécution des jugements étrangers, (Idem).

بسم الله الرحمن الرحيم

فاتحة الكتاب

آفة التأليف الاسراع فيه ، وخير التآليف ما جاء ثمرة بحث وتفكير طويلين . تلك حقيقة ناصعة لا يجحدها الا المكابرون . الا أن العمل على مقتضاها مضن وعسير ، يحتاج الى طول صبر وكبير أناه . ولكن طوبى لمن يضعها نصب عينيه ، فجزاؤه الرضا يسبغه عليه كل من أتيح له تقدير جهوده ووزن متاعبه .

ولا يلمس صعوبة التأليف حقيقة الا من حاول ادراكه والزج بنفسه بين طائفة المؤلفين . ولقد شعر كاتب هذه السطور بتلك الصعاب يوم وجب عليه وضع رسالة لنيل شهادة الدكتوراه بكلية حقوق باريس . أيقن عندئذ أن التصنيف بعيد عن أن يكون هينا ، وأن الاتقان فيه عزيز المنال ، وليس على الكاتب الا أن يقنع ببذل أقصى جهده قصر أو طال . ولقد كان المقصود وقتئذ ، وضع رسالة لا تعدو فى أغراضها الدفاع عن وجهة نظر معينة فى موضوع ضئيل منتزع من فرع من فروع القانون ، فما بالك والمراد اليوم وضع مؤلف شامل فى مادة قانونية عرفت فى العالم القانونى بوعورة مسالكها ودقة موضوعاتها ؟

ولما كان الاشتغال بمهنة التدريس مؤديا فى الغالب الى الاشتغال بالتأليف ، رأيت من واجبى أن أترسم ، على قدر المستطاع ، خطى الأساتذة الذين أفنوا حياتهم بين جدران الكليات والجامعات ، يعملون للعلم ومن أجل العلم . أولئك الذين تركوا حولهم ومن خلفهم آيات بينات ، ناطقة بفضلهم ، وشاهدة بعلو كعبهم . رأيت هؤلاء الجهابذة الأخيار لا يقدمون على وضع مؤلف كامل فى فرع من فروع القانون الا بعد أن يكونوا قد مهدوا له خلال سنوات متعاقبة بأبحاث جزئية ، موسعة ومقارنة ، حتى اذا ما شعروا أنهم قد تغلغلوا فى حنايا المادة القانونية ، ووقفوا على أسرارها وطرائقها ، وأنها قد نضجت فى أذهانهم كل النضوج أخرجوا للناس مؤلفات جديرة بهذا الاسم .

ولم يعرف قط أن كاتبا أسرع الخطى فى وضع مؤلف ، تحقيقا لشهوة جاشت بصدره ، دون أن يعثر ويكبو كبوات يصعب عليه القيام بعدها . فالثابت الذى

لا مرد له أن وضع مؤلف شامل يجب أن يستند الى دراسات خاصة سابقة تدعمه . وبدهى أنه لا يمكن اخراج هـذه الدراسات الى حيز الوجود فى طرفة عين بل لابد من الوقت ، والوقت هنا معناه السنوات ، بل ان شئت عشرات السنوات .

ويؤلمنى أن أقرر هنا أن جانبـا كبيرا من المؤلفين المصريين قد أهمل المبادىء السليمة السابقة . فمنهم من حاول القفز الى القمة مباشرة متعاميا عن جميع العقبات الماثلة فى طريقه ، فأخفق فى قفزته ، وباء بالخسران ، وأحجم الناس عن تقدير مجهوده ، ولم يستفد العالم القانونى المصرى من هذه المحاولات وأشباهها شيئا مذكورا . وآية ذلك أن النابهين من رجال القانون يكررون صباح مساء ، أننا فقراء فى الأدب القانونى رغم فوات ستون عاما تقريبا على انشاء معهد للدراسات القانونية فى مصر .

ولا أحاول أن أبين هنا الأسباب المختلفة لهذه الحال التى لا نغبط عليها ، بل أكتفى بتكرار ما قلته من قبل وهو أن للتأليف نقطة بداية يجب البدء منها ، والتدرج بعد ذلك ، وأن من الحمق البدء بالنهاية ، فالطفرة مكروهة فى كل شىء وبخاصة فى التأليف ، اذ لا يمكن للمؤلف المبتدىء أن يخرج ما يقدر على اخراجه المؤلف المدرب الذى أمضى سنى حياته فى الدرس والتحصيل والكتابة والمحاضرة . وان التربص السنوات الطوال دون اخراج مؤلفات شاملة ليس عبثا أو تكاسلا ، بل قد يكون تبصرا وتعلقا بأهداب الكمال ، وان الاسراع فى الاخراج لا ينم عادة عن ذكاء أو عبقرية ، وانما ينم عن سوء ادراك أو على الأقل استهتار بأحلام القراء والباحثين .

وكان فى نيتى اتباعا للخطة القويمة السالفة أن لا أضع مؤلفا شاملا فى مادة قانونية قبل فوات عشر سنوات على الأقل فى الاشتغال بالتدريس ، ولكن شاءت الظروف أن يكون ذلك بعد مضى ست سنوات فقط ! والحق أننى عالجت فى خلال الفترة السابقة شتى الموضوعات فى القانون المدنى والقانون الدولى الخاص تدريسا وتأليفا ، وبذلك يمكننى أن أطمئن ، بعض الاطمئنان على الأقل ، الى خبرتى بالعمل الذى آليت على نفسى القيام به . على أننى أعتبر كتابى، الذى أقدمه اليوم ، ثمرة سابقة لأوانها ، وربما كان من الأوفق أن لو صبرت بعض الوقت حتى يكمل نضجه فقد يتاح له وقتئذ مقعدا ساميا فى العالم القانونى المصرى بل وفى العالم

القانونى العالمى . ولـكنى رأيت ، رغم ما تقدم ، أن أبدأ منـذ الآن بمحاولة فى سبيل وضع مؤلف شامل حتى اذا شـعرت بقدرتى على المضى فى الطريق بأمان تجدد فى نفسى الأمل ببلوغ الغاية السامية التى أصبو اليهـا ، وأرجو أن أحققها بعون الله ، ان امتد بى عهد التدريس عدة من سنوات أخر .

وانه ليسرنى ، بهذه المناسبة ، أن أشيد بفضل الأساتذة الذين تقدمونى فى تدريس مادة القانون الدولى الخاص بكلية الحقوق ، فقد أخرجوا مؤلفات شاملة وأبحاث خاصة ، وضعوها بمختلف اللغات ، فيها نور وهداية ، ولـكل منها طابعه الخاص به . وهكذا يتعدد المؤلفون فى نفس المـادة ولـكنهم يتميزون ويختلفون. والواقع أنه تسيطر على عملية التأليف جملة عوامل ، ليس هنا مجال بيانها ، ومع ذلك فان أهمها ، فى نظرى ، هو حسن اختيار المراجع التى يمكن الاعتماد عليها . ففى كل مادة قانونية نجد من المراجع ما تنوء بحمله الجبال الرواسى ، واذا توفر المؤلف على قراءتها جميعا لأفنى دهره دون أن يصيب غايته ويحقق بغيته ، وبخاصة اذا راعينا تجدد هذه المراجع بين آونة وأخرى وانما تظهر البراعة واللباقة فى تخيرها . ولا يقف الأمر عند حد المؤلفات العامة الشاملة بل يتجاوزه الى الأبحاث الخاصة التى تظهر فى شكل رسائل ومقالات ، وهـذه الأخيرة ، هى العماد الحقيقى للتأليف السليم .

وعلى الأساس السابق يتميز مؤلفى ، بدوره ، عن غيره بميزات خاصة ، أترك لغيرى تقديرها . وأهمها أننى حاولت اعطاءه صبغة وطنية ظاهرة ، فلم أنظر الى القانون الدولى الخاص باعتباره قانونا دوليا ، وانما نظرت اليه وعالجته على اعتبار أنه قانون وطنى مصرى . يظهر ذلك فى تسمية الـكتاب ، كما يظهر ، على وجه أجلى ، فى منهج البحث والتقسيمات التى اتبعتها فى بسط المسائل ، اذ عنيت ، على قدر الامكان ، بعرض النصوص التشريعية المصرية — مصدرها ، تاريخها ، أحكامها ، نقدها وكيفية تطبيقها فى العمل ، أى أحكام جهـات الاختصاص المختلفة بشأنها — كل هذا وضعته فى المكان الأول . ولا شك عندى فى أن القارىء سيشعر سريعا أنه يقرأ القانون الدولى الخاص المصرى لا القانون الدولى الخاص الأجنبى أو المقارن . ومن هنا كان لهذا الـكتاب مميز آخر هو صبغته العملية البارزة ، اذ فرقت تفريقا حاسما فى موضوع تنازع القوانين بين الجزء العام، وموضوعه تاريخ نظريات تنـازع القوانين ، والجزء الخاص وموضوعه تنازع

القوانين فى مصر. فالجزء الأول هو التراث المشترك بين جميع الأمم المتمدينة، أما الجزء الثانى فهو مقدار تفاعل هذه النظريات والمبادىء وحظها من التطبيق فى مصر. وعلى هذا الوجه ميزت بين المجرد والمحسوس، كل منهما فى صعيد خاص به. ولم تقف هذه الخطة حائلا بينى وبين الاشارة، اذا ما تهيأت الفرصة، الى ما تقول به التشريعات الأجنبية وأيضا الى ما يقضى به القضاء الفرنسى، كل مرة أعوزنى فيها القضاء المصرى، وذلك نظرا للروابط الأكيدة بين القضاءين.

وان ما أطمح اليه باخراج هذا الكتاب لا يتجاوز تحقيق أغراض أربعة:

أما أولها، فهو أن يجد فيه طلبة الحقوق ما يكفى لتكوينهم تكوينا صالحا فى هذا الفرع من القانون، ولذا رأيت أن لا أحشد المعلومات كلها فى صعيد واحد بل هبطت بالتفصيلات منها الى الحواشى التى استطالت فى الكثير من الأحيان، حتى اذا ما ألقى الطالب عليها نظرة شعر أن وراء هذ الكتاب آفاقا شاسعة متسعة الأرجاء، وان العلم لا يقف عند حدود ما يلقن داخل الكلية. وأما ثانيها، فهو أن يجد فيه أهل العمل هاديا فى حل المشاكل التى تعرض لهم [1]، ومن أجل ذلك أوردت به من المراجع العامة والخاصة والمقالات والأبحاث والأحكام مايشبع ميول الباحث المدقق، وكثيرا ما أوجزت الرأى الموجود فيها تسهيلا على الباحثين. وأما ثالثها، فهو معاونة القائمين بالتشريع، وذلك بايضاح مواطن النقص والغموض فى تشريعنا، حتى اذا آن أوان الاصلاح وجدوا فيه عونا وعضدا. وأما رابعها وآخرها، فهو محاولة أن أخطو بالتأليف العلمى فى مادة القانون الدولى الخاص خطوة الى الأمام، تاركا لمؤلفى هذه المادة أن يخطوا بها فى المستقبل خطوات أوسع فى سبيل رقى العلم القانونى فى بلدنا العزيز.

والله ولى التوفيق ؟

حامد زكى

القاهرة فى ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٦

---

(١) ونشير بهذه المناسبة الى أن تغير الحالة السياسية فى الشرق وانقسامه الى دول مستقلة (عقب معاهدة لوزان سنة ١٩٢٣) لكل تشريعها الخاص بها من شأنه أن يزيد من مسائل تنازع القوانين والاختصاص التى يمكن أن تعرض أمام المحاكم الأهلية، ومن جهة أخرى فان ما ينتظر من تغيير سياسى فى حالة مصر من شأنه أن يتيح للمحاكم الأهلية أن تسترد سيادتها القضائية ومن ثم تأخذ مسائل تنازع القوانين مكانتها اللائقة بها أسوة بما عليه الحال فى محاكم البلاد المستقلة.

مقدمة عامة

الفصل الأول

موضوع القانون الدولى الخاص وتعريفه

١ — اصطلاح القانون الدولى الخاص حديث ، نشأ فى غضون القرن التاسع عشر . وأول من استعمله فى العالم القانونى هو الكاتب الأمريكى Story [١] فقال به كرادف لاصطلاح Conflict of Laws الذى كان شائعا فى ذلك الوقت ولقد صادف الاصطلاح الجديد نجاحا عند الكتاب والمؤلفين فعمدوه ، وأحلوه محل الاصطلاح القديم . ولكن هل احتفظوا له بمدلول هذا الأخير ، أو أصبح يدل عندهم على معان أخرى ؟

٢ — للاجابة عن هذا السؤال يجب أن نرجع الى التعريفات التى وضعوها لتحديد معنى الاصطلاح الجديد ، ومن ثم نقارنها بمدلول الاصطلاح القديم . فاذا فعلنا ذلك فاننا نقف حائرين أمام الاختلافات الكبيرة فى التعريفات . وليس من الصعب فى شىء الوقوف على العلة ، اذ الخلافات مستعرة بين الكتاب على الموضوعات الداخلة فى نطاق هذا الفرع من القانون [٢] . وظاهر أنه اذا قام الخلاف على عناصر المعرف ، أصبح من غير الممكن الوصول الى وضع تعريف له يقره الجميع .

---

(١) راجع كتابه المعنون Commentaries on the Conflict of Laws الذى أخرجه فى سنة ١٨٣٤ . وقد طبع ثمان مرات ، الطبعة الأخيرة منها فى سنة ١٨٧٢ . وفيه استعمل اصطلاح Private International Law وكذلك راجع مؤلف Dicey طبعة ثالثة ١٩٢٢ Digest on the Conflict of Laws ، وانظر أيضا Pillet-Niboyet . ٣٨٢ .

(٢) فمن الكتاب من ضيق فى نطاق القانون الدولى الخاص فجعله مقصورا على تنازع القوانين ، ومنهم من وسع فى نطاقه فجعله شاملا لموضوعات أخرى كالجنسية وحالة الأجانب كما سنرى فيما بعد . بند ٣٩ .

٣ — فالتعريفات اذن كثيرة ، وليس من المصلحة فى شىء مواجهة القارىء ، منذ البداية ، بتعريف جديد ، قد يقرب من بعض التعريفات القديمة ، أو يبعد عنها ، على قدر اتحاد المؤلف فى وجهة النظر مع غيره ، أو اختلافه معهم ، نعم ، ان الابتداء بوضع تعريف لهذه المادة متفق كل الاتفاق مع أصول المنطق ، الا أنه يعيبه من جهة أخرى ، الصعوبة الكبرى فى فهم مرمى صيغة تقوم غالبا على عناصر تصورية بحتة abstraits . ومن يرجع الى كتب المؤلفين الذين اتبعوا هذه الطريقة المنطقية يشعر بذلك سراعا [١] . لذلك آثرنا اتباع طريقة أخرى [٢] مبناها بيان ما تتميز به العلائق القانونية التى تحكمها قواعد القانون الدولى الخاص ، والموضوعات التى تتناولها هذه القواعد . كل ذلك بطريقة موجزة حتى اذا انتهينا منه أمكننا وضع تعريف نهائى يصح الركون اليه .

٤ — وتتميز العلائق القانونية التى تحكمها قواعد القانون الدولى الخاص بوجود ماهو أجنبى فى أحد عناصرها على الأقل ، وذلك بخلاف العلائق القانونية الأخرى ، التى تعتبر وطنية بحتة لأن جميع عناصرها تتصل بدولة معينة دون غيرها . فقواعد القانون المدنى الألمانى مثلا تحكم العلائق القانونية المدنية التى تنشأ بين الرعايا الألمان فى الاقليم الألمانى نفسه . وعلى ذلك يمكننا القول بأنه توجد داخل حدود كل دولة متمدينة طائفتان من القواعد القانونيـة . أما الطائفة الأولى فموضوعها بيان الحكم الواجب اتباعه للفصل مباشرة فى العلائق القانونيـة الوطنية فى جميع عناصرها rapports de droit ، ومثالها قواعد القانون المدنى أو القانون التجارى . . . الخ . وأما الطائفة الثانية ، فموضوعها تعيين القانون

---

(١) ولقد أورد المرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف بك ١٤ — ١٦ نحو ثمانية عشر تعريفا للمؤلفين المختلفين ، يتميز كل منها بطابع خاص ولا يمكن أن تقدم المبتدىء كثيرا فى بيان المعرف . وانظر أخيرا تعريف Pillet-Niboyet . ١ .

(٢) وقد اتبع هذه الطريقة عدد كبير من الكتاب الحديثين ومنهم Bartin . ١ . ١ . وما بعدها ، و Dicey . ٢ . و Lévy-Ullmann فى دروسـه بكلية حقوق باريس سـنة ١٩٣١ — ١٩٣٢ . ٣ . والدكتور على الزينى . ٥ .

الواجب التطبيق على العلائق القانونية الأجنبية فى أحد عناصرها على الأقل ، وذلك لأن تمييز العلاقة القانونية بوجود عنصر أجنبى فيهـا ، من شأنه أن يوجد عادة تنازع conflit بين قوانين مختلفة الجنسية [١] ، يدعى كل منهـا حكم هذه العلاقة من حيث الموضوع .

وعلى ذلك يكون مدار الرجوع الى احدى هاتين الطائفتين دون الأخرى هو معرفة ما اذا كانت العلاقة القانونية وطنية فى جميع عناصرها أو لا . فاذا كانت وطنية فى جميع عناصرها رجعنا الى الطائفة الأولى ، وليس هذا موضوع دراستنا هنا . أما اذا كانت أجنبية فى أحد عناصرها رجعنا الى الطائفة الثانية [٢] وهذا ما يهمنا الآن .

٥ — ولـكن ما هى العلاقة القانونية ؟ وما هى عناصرها ؟ عرفهـا العلامة Savigny على الوجه الآتى « العلاقة القانونية هى العلاقة بين شخص وآخر محكومة بقـاعدة قانونية » . ولقد أصبح هذا الاصطلاح Rapport de droit شائعا فى كل مؤلفات القـانون الدولى الخاص ، ويرجع الفضل فى ابتكاره الى الأستاذ السابق الذكر . ويجب أن لا نخلط بينه وبين الالتزام . فالعلاقة القانونية أعم وأشمل من الالتزام ، فمثلا العلاقة القانونية بين البائع والمشترى يترتب عليها

---

(١) والمقصود قوانين دول متعددة ، كل دولة منها مستقلة عن الأخرى ، اذ ليس للقوانين جنسية الا من طريق المجاز . فتنازع هذه القوانين على حكم العلاقة القانونية يظهر بجلاء صبغتها الدولية ، واتصالها بجملة دول فى وقت واحد . كما انه يظهر من الجهة الأخرى ، مقدار التشكك فى معرفة القانون الذى يحكم العلاقة من حيث الموضوع . ولا يخفى مقدار تأثير ذلك فى حقوق الأفراد والتزاماتهم نظرا للاختلافات فى الأحكام بين التشريعات . راجع مقال Sulkowski . مجلة أكاديمية لاهاى . ٤١ . ٦٠٧ وما بعدها .

(٢) ويقصد بها قواعد القانون الدولى الخاص . ونسارع الى توجيه الأنظار الى أن اسم القانون الدولى الخاص فى ذاته لا يدل دلالة كافية على طبيعة المسـائل التى يهتم ببحثها ، بخـلاف اسم القانون المدنى أو القانون الجنائى ، اذ يشعر صراحة بنوع المسائل التى يفصل فيها . وسنعود الى ابهام التسمية السالفة فى مكان آخر . انظر بند ٦٧ .

وجود الالتزامات فى ذمة كل منهما .

٦ — وتتكون العلاقة القانونية من عناصر éléments ثلاثة : أولا . سبب منشىء fait générateur سواء كان هذا السبب تصرفا قانونيا كبيع أو وصية ، أو حادثة قانونية كجنحة أو شبه جنحة ، أو نصا فى القانون كما هى الحال بشأن الولاية والوصاية . ويتعين السبب المنشىء بالزمان والمكان لأنه يتم فى تاريخ معين وفى مكان معلوم . ولهذا التعيين أهميته فى اختيار القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية كما سنعرفه حالا . ثانيا . أشخاص العلاقة القانونية les sujets سواء كان هؤلاء الأشخاص دائنين أو مدينين ، أصحاب حقوق أو ملتزمين ، فهناك المشترى والبائع ، والمضار وفاعل الضرر ، والولى والطفل ، والوصى والقاصر . . الخ ويخضع أشخاص العلاقة القانونية بدورهم للزمان والمكان [1] كما رأينا بالنسبة للسبب المنشىء . ثالثا . موضوع العلاقة القانونية objet وهذا الموضوع اما أن يكون الالتزام بدفع مبلغ من النقود مثلا أو نقل ملكية شىء معين ، منقولا كان أو عقارا أو أداء عمل أو الامتناع . ويتحدد هذا الموضوع أيضا بالزمان والمكان .

٧ — وتحديد هذه العناصر الثلاثة بالزمان والمكان له أهمية كبرى فى اختيار القانون الواجب تطبيقه فى النهاية على العلاقة القانونية من حيث الموضوع أى للفصل فى موضوعها . فمعرفة المكان الذى تم فيه التصرف يرشدنا الى القانون الذى يحكمه على الأقل من حيث الشكل [2] ، وأما معرفة زمان حصوله فمن مقتضاه الامتناع عن تطبيق قانون آخر سابقا كان أو لاحقا للقانون

---

(١) فوجود الشخص فى مكان معين وقت رفع الدعوى قد يكون سببا فى اختصاص محاكم الدولة بالنسبة له كما هى الحال فى المادة ١٤/١ مدنى مختلط .

(٢) وذلك وفقا لقاعدة (شكل العقد خاضع لقانون بلد ابرامه) Locus regit actum وهذه القاعدة تكاد تكون عالمية وتحتمل استثناءات كثيرة كما يرى فى المادة ٥٥٧/٦٨١ مدنى أهلى ومختلط .

الذى كان سائدا اذ ذاك [١] ، كما أن معرفة جنسية الشخص أو موطنه وقت التصرف (الوصية مثلا) يرشدنا عن القانون الذى يحكم صحتها سواء كان قانون جنسيته أو موطنه على حسب التشريعات المختلفة ، وفى النهاية فان مكان المنقول وقت التصرف يرشدنا عن القانون الذى يحكم انتقال ملكيته .

٨ — فاذا كانت العلاقة القانونية وطنية فى جميع عناصرها كأن يكون البيع قد تم فى مصر بين مصريين وتعلق بعقار موجود بها ، فان قواعد القانون المدنى المصرى هى الواجبة التطبيق عند حصول أى نزاع بين الطرفين . أما اذا كانت العلاقة أجنبية فى أحد عناصرها كما اذا تعاقد مصريان أثناء اقامتهما فى فرنسا بشأن مال موجود فى مصر فهل يطبق على تعاقدهما القانون المصرى ، باعتباره قانون جنسيتهما أو باعتباره قانون موقع المال ؟ أو يطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون المكان الذى تم فيه السبب المنشىء للعلاقة القانونية ؟ للاجابة عن هذا السؤال يجب الرجوع الى قواعد القانون الدولى الخاص المصرية ، أو بعبارة أخرى الى الطائفة الثانية من القواعد القانونية .

وفى المثل السابق كانت العلاقة القانونية أجنبية بسبب كون السبب المنشىء لها قد تم فى مكان أجنبى . ونورد الآن مثلا آخر لعلاقة قانونية ذات عنصر أجنبى بسبب كون موضوعها objet موجودا فى الخارج . كما اذا تعاقد مصريان فى

---

(١) وهو ما يسمونه فى الوقت الحاضر Conflit de droit intertemporel أى تنازع القانون الزمنى . ويحصل ذلك عادة عند ضم بعض أراضى الى دولة ما . فهل يؤخذ بقوانين الدولة القديمة أو بقوانين الدولة الجديدة ؟ وكذلك عند اكتساب الشخص لجنسية أخرى خلاف التى كانت له وقت التصرف القانونى . فهل يطبق قانون جنسيته وقت التصرف أو قانون جنسيته وقت رفع الدعوى ؟ هذا ما تبينه أيضا قواعد القانون الدولى الخاص . وقد أثارت هذه المسألة أبحاثا متعددة . ومنها كتاب لواضعه Paul Roubier « نظرية عدم رجعية القوانين » باريس ١٩٢٩ . وكذلك يمكن الرجوع الى مؤلف Makarov . ٢٤ . وسنرى فيما بعد أن هذه الصعوبات ستثار بشأن قانون الديانة الواجب التطبيق اذا ما حصل تغيير فى ديانة أحد طرفى عقد الزواج المصريين .

مصر بشأن عقار فى ايطاليا ، فيصح التساؤل عن أى القانونين واجب التطبيق . هل هو القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المتعاقدين ، وقانون المكان الذى تم فيه السبب المنشىء للعلاقة القانونيـة ، أو بعبارة أخرى قانون محل العقد ، أو القانون الايطالى باعتباره قانون محل العقار ؟ فهنا أيضا يجب على المحاكم المصرية الرجوع الى قواعد القانون الدولى الخاص المصرية لحل هذا الاشكال أو التنازع . ويمكن أن ننسج على هذا المنوال للاتيان بأمثلة متعددة .

ووفقا لما تقدم كان من الواجب أن نرجع الى قواعد القانون الدولى الخاص المصرية اذا ما تعاقد مصرى مع ايطالى فى مصر بشـأن مال موجود بها ، وذلك لمعرفة ما اذا كان القانون الواجب تطبيقه هو القانون المصرى أو الايطالى . ولـكن الأمر يحصل عملا على خلاف ذلك ، نظرا لأنه يوجد فى مصر ما يسمى «بالتشريع المختلط » . وهو تشريع وضع لحكم العلائق المالية التى تتم فى مصر بين المصريين والأجانب الممتازين les étrangers capitulaires[1] . وهذا لا ينفى أصلا أن هذا النوع من العلائق القانونية داخل بطبيعته فى نطاق القانون الدولى الخاص بالنسبة للدول الأخرى التى لا توجد فيهـا امتيازات أجنبية[2] . فحالتنا اذن خاصة ، والمفروض دائما أنها مؤقتة ، رغم طول المدة الماضية . وعلى أى الأحوال

---

(١) وان كانت المحاكم المختلطة لا تسـلم بوجهة النظر هذه . بل تصر على أن التشريع المختلط يحكم جميع العلائق بين المصريين والأجانب على العموم . ويظهر أن المحاكم المختلطة تريد أن تستبدل كلمـة أجنبي بكلمة أوروبى . ففى كل مرة يكون النزاع بين مصرى (وطنى) وأوروبى ولو لم يكن تابعا لاحدى الدول الممتازة ، فانها تعطى نفسها حق الاختصاص . وليس هناك من رقيب عليها فى مسلـكها هذا . على أن محكمة النقض المصرية فى أحكامها الأخيرة قد بينت ما فى ذلك من اعتداء صارخ على سيادة المحاكم المصرية ، وتحميل للنصوص التشريعية المختلطة بتفسيرات بعيدة المدى لم يقصدها واضعوها أصلا . راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ محاماة — ١٥ — ١٧ وكذلك ٧ يونيه سنة ١٩٣٤ . محاماة — ١٥ — ٤١ .

(٢) اذ وجود التشريع المختلط عندنا انما هو نتيجة لوجود الامتيازات كما سنبينه بعد فى الـكتاب الرابع . وانظر حكم استئناف مختلط ٢٩ ابريل سنة ١٩٠٨ . م . ت . م . ٢٠ — ٢٢١ .

فان هـذا النوع من العلائق تحكمه فى الأصل قواعد القانون الدولى الخاص التى تبين لنا القانون الواجب تطبيقه موضوعيا فى هذه الحالة وهل هو القانون المصرى (باعتبار عدم وجود التشريع المختلط) أو القانون الايطالى ؟

وعلى ذلك فالقانون المختلط يعتبر من هـذه الوجهة قيدا يدخل على تطبيق قواعد القانون الدولى الخـاص المصرية ، ويضيق بالتالى أحوال تطبيق القانون الأجنبى فى مصر[1] .

٩ — فمتى كانت العلاقة القانونية أجنبية فى أحـد عناصرها فانه يحصل التردد عادة فى تطبيق القانون الوطنى ، اذ قد يوجد بجانبه على الأقل قانون آخر أجنبى ينافسه فى ذلك ، سواء كان هذا القانون هو قانون جنسية أحد الطرفين أو قانون المحل الذى نشأ فيه سبب العلاقة القانونية أو قانون موقع المال . . . الخ فكيف يمكن التفضيل preferentia بين هـذه القوانين المختلفـة ؟ لنضرب الآن مثلا جـديدا يظهر صعوبة التفضيل بطريقة أوضح . اذا تعاقد مصرى مع ايطالى فى باريس على أن يسلم الثانى الى الأول فى ميناء الاسكندرية بضـائع كانت موجودة فى ميناء اسپانية فى ذلك الوقت . فما هو القانون الذى يحكم هذه العلاقة عند حصول المنازعة ؟ هل هو القانون المصرى باعتباره قانون بلد التنفيذ Lex loci solutionis ، أو القـانون الايطالى باعتباره قانون جنسية المدين أو موطنـه Lex nationalis ، أو القانون الفرنسى باعتباره قانون محـل العـقد Lex loci contractus ، أو القـانون الأسپانى باعتباره قانون موقع المـال Lex rei situs وقت التعاقد أو قانون المحـكمة Lex fori التى رفع اليهـا النزاع باعتبار أنه قد رفع الى جهة اختصـاص تابعة لدولة أخرى كما لو رفع أمام محكمة انجليزية[2] ، أو قانون ارادة المتعاقدين الذى وقع اختيارهما عليه ؟ فلمعرفة القانون الذى يحكم هذه العلاقة القانونية من حيث الموضوع يجب الرجوع الى قواعد

---

(١) ١٧ ابريل سـنة ١٩١٣ جازيت ٣ . ١٣٩ . ٣٠٩ و ٩ يونيه سنة ١٨٩٢ . م . ت . م . ٤ . ٢٥٥ .

(٢) نظرا لتوطن الايطالى فى دائرتها مثلا .

القانون الدولى الخاص المصرية التى ستشير حتما بأفضلية قانون منها .

١٠ — واذا اعتمدنا على البيانات السابقة فى تعريف القـانون الدولى الخـاص ، فانا نقول ، بأنه مجموعة القواعد التى تبين القانون الواجب الاتباع من بين القوانين المختلفة الجنسية التى تتنازع فيا بينها حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبى[1] .

١١ — على أنه يلاحظ فى أمثلة التنـازع التى أوردناها أن كلا من القوانين المتنازعة له سـند يجوز له ، فى الظاهر على الأقل ، أن يطبق دون غيره على العلاقة القانونية . فهل هناك تنازع قوانين conflits de lois بالمعنى الحقيقى أو لا ؟ لا شك فى أنه اذا رفع النزاع أمام محـكمة مصرية فانها ستطبق قواعد القانون الدولى الخاص المصرية التى تحـدد لنا بدورها القانون الواجب التطبيق من بين هـذه القوانين ، ويصح أن يكون هذا القانون فى النهاية هو القانون المصرى ، كما يصح أن يكون أى قانون آخر كالقانون الأسبانى أو الايطالى أو الفرنسى على النحو الذى بيناه .

فاذا كان القانون المصرى هو الذى سيطبق فى النهاية فليس هنـاك أى شذوذ ، لأن الأصل فى القوانين أن تسود فى اقليمها فالقانون المصرى يطبق فى مصر ، والقانون الفرنسى يطبق فى فرنسـا وهكذا . فلـكل تشريع السيادة فى اقليمه دون غيره . ولـكن اذا أباحت قواعد القانون الدولى الخـاص المصرية تطبيق قانون أجنبى على العلاقة ذات العنصر الأجنبى فلا شك هنـا فى وجود الشذوذ لأن القانون الأجنبى فى هـذه الحالة سيطبق فى اقليم غير اقليمه الأصلى فكأن سيادة التشريع الأجنبى قد امتـدت الى خارج اقليمه[2] .

---

(١) قارن هـذا التعريف المؤقت بالتعريف الذى أورده الأستاذ Arminjon فى كتابه . ١ . ١٢ .

(٢) وهذا ما دعا البعض الى النظر الى قواعد القانون الدولى الخاص باعتبار أنها قواعد مبينة لتطبيق القانون من حيث المـكان انظر Makarov . ٢٥ . ومؤلف Savigny . ٤٥ من الترجمة الانجليزية لواضعها Gutheris . عام ١٨٨٠ .

ولكن يرد على ذلك بأن قواعد القانون الدولى الخاص المصرية هى قواعد وطنية بحتة purement nationale اذ وضعها المشرع المصرى من تلقاء نفسه (هذا اذا كانت على شكل نصوص تشريعية [١]) ويطبقها القاضى المصرى لأنه يأتمر بأمر مشرعه . فاذا ما أشارت هذه القواعد بتطبيق قانون أجنبى فليس معنى ذلك أن هذا القانون يطبق لما له من سلطان أو سيادة souveraineté وانما يطبق لأن المشرع المصرى ، صاحب السلطان فى مصر ، يرى تطبيقه فى هذه الحالة . فليس هناك اذا تنازع بالمعنى الحقيقى ، لأن التنازع يفترض المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة فى الاقليم . وعرفنا أن السيادة فى الاقليم هى فى الأصل للقانون الوطنى ، فاذا تخلى هذا الأخير عن حكم علاقة قانونية وأخضعها لقانون آخر أو لسيادة قانون آخر فما ذلك الا لأن المشرع الوطنى أمر به تحقيقا للعدالة وللصالح العام [٢] .

١٢ — ويظهر أن اصطلاح « تنازع القوانين » ، الذى عرف منذ القرن الثالث عشر [٣] ، كان يشعر بفكرة تنازع بين السيادات ، اذ نشأ فى عهد القوانين الاقطاعية التى كان يجب أن تسود فى اقليمها على جميع الناس دون تمييز ، ولذلك فان الكتاب الهولنديين مثل Paul Voet [٤] ، هربا من حدة تلك الأفكار الاقطاعية ، رأوا استعمال اصطلاح آخر ، هو « تسابق القوانين » Concours de statuts . ويشعر هذا الاصطلاح بأن هناك مسالمة بحتة بين القوانين ، أى ليس هناك تنازع ، فالحاصل أن كلا منها انما يتسابق مع الأخرى

---

(١) اذ هناك قواعد كثيرة مبناها العادة . انظر بند ٧٠ .

(٢) راجع مقال الكاتب الانجليزى Harrison . فى Clunet . ١٨٨٠ . ٥٣٣ وما بعدها وكذلك مؤلف Lainé . ١ . ٧ وما بعدها وكتاب Arminjon . ١ . ١٦ .

(٣) ويعد هذا التاريخ مبدأ ظهور القواعد الخاصة بتنازع القوانين . فقواعد القانون الدولى الخاص حديثة العهد بالنسبة لغيرها من القواعد القانونية الأخرى .

(٤) وقد عاش من سنة ١٦١٩ ، الى سنة ١٦٧٧ .

لكى يفضل عليها فى حكم العلاقة القانونية [1] ، وعلى ذلك يكون المقصود من قواعد القانون الدولى الخاص هو التفضيل بين هذه القوانين المتسابقة لا التوفيق بينها . ولكن عند ما هبت عواصف الحروب على أوروبا فى غضون القرن السابع عشر ترك الكتاب الهولنديون وعلى رأسهم Huber الاصطلاح السالف الى اصطلاح « تنازع القوانين » ، فصار القانون الدولى الخاص يعرف عند الجميع باسم « علم تنازع القوانين » . وهكذا تأيدت فكرة السجال والمنازعة بين القوانين المختلفة . ولقد حذا الكتاب الالمان حذو الكتاب الهولنديين فقالوا بنفس التسمية واستمرت فى مؤلفاتهم حتى اليوم كلمة Collisionsnormen règles de conflit . ومما لاجدال فيه أن تسمية « تنازع القوانين » تشعر بأن هناك نضالا بين القوانين المختلفة على حكم العلاقة القانونية ، وأن كلا من القوانين المختلفة انما يعتمد على سيادته فى الغلبة على الأخرى ، فكأن التنازع حاصل فى الحقيقة بين سيادات الدول المختلفة . ومن هنا نلاحظ تدخل فكرة السيادة فى دراسة قواعد القانون الدولى الخاص . وسنجد لها تطبيقات متعددة فيما بعد [2] .

ولقد بينا فى النبذة السالفة أن التنازع بين السيادات لا وجود له حقيقة وفعلا وان كان الظاهر يفيد عكس ذلك . ولا شك فى أن الاعتبارات التاريخية التى لابست تقرير اصطلاح تنازع القوانين هى التى أعطته هذا المعنى الظاهرى .

١٣ — ومن المقرر أنه اذا ما عرضت مسألة متعلقة بتنازع القوانين أمام القاضى المصرى فمحتوم عليه أن يقضى فيها والا اعتبر منكرا للعدالة . فليس له اذن أن يسكت عن الحكم فيها بدعوى صعوبة التفضيل بين القوانين المختلفة التى تتنازع حكم هذه المسألة . ولتخفيف هذه المهمة الشاقة (مهمة التفضيل) على القاضى وضع المشرع المصرى طائفة من القواعد تبين له القانون الواجب التطبيق

---

(١) راجع Boullenois فى مؤلفه De la personnalité et de la réalité des lois. 2 .

(٢) راجع Pillet-Niboyet . ١ . ٤ .

فى حالات التنازع المختلفة . فتارة يشير المشرع بتطبيق قانون موقع العقار[١] أو بتطبيق قانون جنسية الأشخاص[٢] وأخرى بضرورة تطبيق القانون المصرى[٣] بصفة حتمية دون غيره وهكذا . . فقواعد القانون الدولى الخاص المصرية هى التى تقول اذن بتفضيل أحد القوانين المتنازعة ، فتعطيه حق حكم العلاقة القانونية رغم التنازع الحاصل من جانب القوانين الأخرى . و يصف بعض الكتاب الفرنسيين العملية السابقة بأنها عملية اعطاء « الاختصاص التشريعى » la compétence législative ، اذ ترمى الى تفضيل احدى التشريعات المتنازعة على الأخرى . وهذا الاصطلاح الأخير منتقد فى ذاته ، لأن العرف القانونى جرى على استعماله بمناسبة الكلام على المحاكم واختصاصها ، لا بالنسبة للقوانين ، فالقانون يطبق والمحكمة تختص . وفوق ما تقدم فان الأخذ به يؤدى الى الخلط ، اذ هنالك أيضا تنازع فى الاختصاص بين محاكم الدول المختلفة[٤] مما دعا الأستاذ Bartin [٥] الى أن يطلق على هذا النوع الأخير من التنازع عبارة Conflits de juridictions[٦] أى التنازع بين جهات الاختصاص ، ويسميه الكتاب المصريون « تنازع الاختصاص » وسنعود اليه تفصيلا فيما بعد .

وعلى أية حال فالقول باعطاء « الاختصاص التشريعى » لقانون معين

---

(١) كما فى قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ بشأن تملك العقارات .

(٢) كما هى الحال بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية انظر المادة ٥٥ / ٧٨ مدنى أهلى ومختلط .

(٣) كما هى الحال بالنسبة لمسائل الاجراءات والمرافعات اذا ما رفعت الدعوى أمام محكمة مصرية .

(٤) فيحصل كثيرا أن تدعى محاكم دولة معينة انها وحدها المختصة بنظر النزاع .

(٥) راجع Bartin . ١ . ٢ .

(٦) كما أنه من الممكن تصور تنازع فى الاختصاص بين محاكم دولة واحدة . ويحصل ذلك فى مصر بين المحاكم المصرية (الأهلية) والمحاكم المختلطة وسائر الهيئات القضائية الأخرى . وكما يحصل فى فرنسا بين المحاكم العادية والمحاكم الادارية . فالاصطلاحات السابقة اذن بعيدة عن الدقة .

يجعلنا نفترض سبق وجود تنازع بين قوانين مختلفة ، فصلت فيه قواعد القانون الدولى الخاص بأن فضلت أحد هذه القوانين على الأخرى ، فأصبح له الاختصاص التشريعى لما فيه من مميزات خاصة بالنسبة للعلاقات القانونية موضوع النزاع .

١٤ — ويتبين مما تقدم أن قواعد تنازع القوانين فى دولة ما قد تشير على القاضى فى بعض الأحيان أن يطبق قانونه الوطنى ، وفى البعض الآخر ، أن يطبق قانونا أجنبيا ، وذلك رغبة فى تحقيق العدالة حسبما يراها ويتصورها المشرع الوطنى ، الذى يقوم بدوره هنا كما يقوم به عند ما يشرع للعلائق القانونية الوطنية البحتة . ولكن مع ذلك لا بد من مراعاة وجود فارق محسوس . ويتلخص فى أن المشرع عند تشريعه لهذا النوع الأخير من العلائق انما يضع قاعدة مبينة لحكم موضوعى règle positive أى فاصلة فى الموضوع مباشرة ، أما بالنسبة للعلائق ذات العنصر الأجنبى فيكتفى بوضع قاعدة ترشد عن القانون الذى سيفصل فى الموضوع بواسطة قواعده المبينة . فقاعدة تنازع القوانين لا تفصل مطلقا فى النزاع من حيث موضوعه ، بل تكتفى ببيان القانون الذى يطبق عليه ، أى القانون الذى يعطى الحل الموضوعى والنهائى . ازاء ذلك رأى الأستاذ Arminjon تسمية قواعد تنازع القوانين بقواعد الاسناد règles de rattachement[(٢)] لأنها تسند العلاقة القانونية الى نظام قانونى معين système juridique ، سواء كان هذا النظام هو النظام الوطنى أو نظام أجنبى ، وسواء كان هذا النظام اقليمى territorial أى أن تطبيقه مقيد بحدود اقليم معين كالنظام الفرنسى مثلا أو نظام شخصى personnel أى أن تطبيقه مقصور على أشخاص معينين دون التقيد بفكرة الاقليم كنظام الأقباط الأرثوذكس

---

(١) فكأن قواعد تنازع القوانين تهيمن فى الواقع على نطاق تطبيق القانون الوطنى بالنسبة للقوانين الأجنبية ، ولذا يصفها الكتاب الالمان بأنها « قانون فوق القانون » Recht über Recht راجع مؤلف Makarof . ٢٤ .

(٢) وذلك أسوة بما قال به Savigny من قبل .

فى مصر. وسواء كان هـذا النظام بسيطا simple أى أنه قائم بذاته فيطبق دون غيره فى دولة معينة كنظام القانون الايطالى ، مثلا ، أو مركبا أى لا يقوم وحده بل متصل بعدة أنظمة أخرى ، سواء كانت شخصية كنظام القانون المصرى فهو مكون من أنظمة قانونية دينية متعددة للمسلمين والأقباط والمسيحيين على اختلاف طوائفهم واليهود (١) ، أو اقليمية كالولايات المتحدة حيث يسود فى كل ولاية نظام قانونى معين (٢) .

١٥ — واذا تأملنا فى عمليـة الاسـناد وجدنا أنه يلزم لتحقيقها حصول أمرين .

أولا : تقابل قوانين مختلفة confrontation des lois كل منها يدعى لسبب ما أحقيته فى حكم العلاقة القانونية موضوع التنازع (٣) .

ثانيـا : المفاضلة بين أسباب أحقية كل من هذه القوانين preferentia

(١) وتجرى بعض الدول الأوربية حتى العهد الحاضر على الاعتراف بنظم شخصية دينية كى تطبق على الأحوال الشخصية للأقليات فى بلادها . كما هو حاصل فى يوجو سلافيا بالنسبة لرعاياها المسلمين ، فلهم محاكمهم الشرعية التى تطبق الشريعة الاسلامية (المذهب الحنفى) منظما بقوانين وضعية . راجع مقال محمد بجوفتش الأستاذ بكلية حقوق بلجراد . منشور فى Annuaire de l'Association Yougoslave de Droit International . ١٩٣٥ . ٢٦٥ — ٢٧٠ .

(٢) والتقسيمات التى أوردناها بشأن النظم القانونية قال بها الأستاذ Arminjon وله تقسيمات أخرى للقواعد القانونية سنقابلها عند المناسبات المختلفة . ولقد لخص كل أفـكاره المرحوم أبو هيف بك فى كتابه ٥٦ — ٦٣ . وأشار اليها بشىء من التفصيل الأستاذ عبد المنعم رياض فى كتابه . ١ . ١٥ — ١٩ . واكتفينا نحن بالاشارة السابقة لأن هذه التقسيمات لا تتعدى مؤلف الأسـتاذ الى غيره ، وهـذا لا ينفى فائدتها لأنها تبسط الأمور بطريقة منطقية ظاهرة . راجع مؤلف الأستاذ Arminjon . ١ . ٨٩ وما بعدها .

(٣) وظاهر أن تقابل هذه القوانين لا يستدعى حتما التنازع بين سيادات دول مختلفة فمثلا اذا ما تعاقد فرنسى مع مواطن له فى انجلترا . فلا شك فى أن التشريع الانجليزى يتقابل مع التشريع الفرنسى بصدد هذه العلاقة القانونية باعتبار أنه قانون محل العقد حتى اذا عرض النزاع أمام محكمة فرنسية فانها ستطبق قواعد الاسناد الفرنسية لمعرفة أى التشريعين يحكم هذه العلاقة من حيث الموضوع . ولا يمكن القول هنا بأنها فى عملها هذا تتعرض فى شىء لسيادة الدولة الانجليزية اذا ما أهملت تطبيق تشريعها أو أخذت به على حسب الأحوال . قارن Arminjon . ١ . ٢٨ .

والمشرع هو الذى يقوم بعملية التفضيل بينها ، والترجيح بين أسباب أحقية كل منها . فمتى قال بتفضيل قانون منها فانه تتحقق بذلك عملية الاسناد التى قد تؤدى فى بعض الأحوال الى تطبيق تشريع أجنبى .

١٦ — وعملية التفضيل من الصعوبة بمكان ، ولكن تزداد صعوبة اذا ما حصل تغيير فى أحد عناصر العلاقة القانونية فى الوقت ما بين نشوء العلاقة القانونية وعرض النزاع على المحكمة . فقد يحصل مثلاً أن تتغير جنسية الأشخاص فى الوقت بين حصول الزواج ورفع الدعوى بطلب الطلاق ، فأى قانون يحكم الطلاق وأسبابه ؟ هل هو قانون جنسية الشخص وقت الزواج أو وقت الطلاق ؟ اذا رجعنا للمادة ٤ مدنى مختلط وجدناها قاصرة على ما معناه ، أنه فى مسائل الأحوال الشخصية يطبق قانون جنسية الأشخاص . ولكن هذا وحده لا يكفى للفصل فى المسألة التى نحن بصددها . وكذلك يحصل أحيانا أن يتغير موقع المال ، بأن كان منقولا فينقله المشترى من مكان الى آخر ، فأى قانون يحكم انتقال الملكية هل هو قانون موقع المال وقت التصرف أو وقت رفع الدعوى ؟

هذا النوع من التنازع الذى تتغير أحد عناصره على الوجه السالف سماه الاستاذ Bartin [1] conflit mobile ، أى التنازع المتغير ، بخلاف النوع الآخر

---

(١) مؤلفه ٢٨ — ٣٠ . وقد أثيرت هذه المسألة فى صيف عام سنة ١٩٣٤ بين الحكومة المصرية والحكومة الألمانية بشأن استرداد تمثال رأس الملكة نفرتيتى الموضوع الآن فى أحد متاحف برلين . وكان قد هربه الى الخارج أحد الباحثين عن الآثار فى مصر . فوفقا لقانون موقع المنقول السابق ، وهو القانون المصرى يعتبر هذا المنقول أثريا ، ومن ثم لا يصبح التصرف فيه بطريق البيع اذ أنه داخل ضمن الأملاك العامة . ولكن وفقا للقانون الألمانى ، قانون الموقع الجديد ، تزول عن المنقول هذه الصفة فيباع فقط باعتبار أنه تحفة أثرية . ويلاحظ فى هذا النزاع أن فرض السرقة مستبعد ، اذ كى توجد جريمة سرقة لا بد من توافر ركن الاختلاس ، وتوافر هذا الركن يستدعى سبق تسليم التمثال للحكومة المصرية . وهذا لم يحصل . وقد استبقت الحكومة الألمانية التمثال ولم تنجح المفاوضات الودية لاسترداده .

وقد عرض نزاع مماثل للنزاع السابق أمام المحاكم الفرنسية بشأن منقول مملوك للحكومة الاسبانية وبيع فى فرنسا فأقرت المحاكم البيع . راجع Clunet . ١٨٨٦ . ٦٩٣ والحكم صادر من محكمة السين فى ١٧ ابريل سنة ١٨٨٥ .

فسماه التنازع الثابت Conflit immobile .

١٧ — فأول موضوعات مادة القانون الدولى الخاص ، دراسة القواعد المتعلقة بتنازع القوانين . ولكن هنالك صورا مختلفة لهذا التنازع [١] فأيها يدخل فى نطاقه ؟ لمعرفة ذلك يجب أن نفصل هذه الصور المختلفة :

١٨ — أولا : تنازع القوانين الدولى: conflit des lois internationaux ويراد به التنازع الذى يحصل بين قوانين دول مختلفة . وقد أوردنا أمثلة متعددة بشأنه . ففى كل مرة يتنازع حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى قانون أجنبى معين كالقانون الايطالى مثلا باعتباره قانون جنسية الأشخاص مع القانون المصرى أو أى قانون آخر ، يقال ان هنالك تنازع قوانين دولى لأن التنازع حاصل بين قوانين دول مختلفة ، كل منها متمتع بالسيادة فى اقليم معين ، فكل دولة منها مستقلة عن الأخرى بحيث لا يمكن لأحدها أن تجبر الثانية على الأخذ بقانونها . وعلى ذلك اذا طبقت المحاكم الوطنية فى دولة ما قانونا أجنبيا فانما تقوم بذلك اتباعا لما تقضى به قواعد القانون الدولى الخاص فيها .

١٩ — ثانيا : تنازع القوانين المحلى: Conflit des lois locaux ، ومداره أنه تسرى داخل حدود دولة معينة نظم قانونية مختلفة كل منها فى اقليم معين كما هى الحال مثلا فى الولايات المتحدة وكما كانت الحال فى فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ وفى المانيا قبل سنة ١٩٠٠ وفى بولونيا الى الآن رغم صدور بعض تشريعات حديثة لتوحيد التشريع فيها [٢] . ومن الملاحظ عملا أن الخلاف يقوم على مدى تطبيق قانون كل من هذه الولايات ، وكذلك على اختصاص محاكمه ، فاذا ما تعامل مواطن ولاية مع مواطن ولاية أخرى فأى قانون هو الواجب التطبيق ؟ الحاصل هنا تنازع قوانين محلى أى تنازع بين القوانين السارية فى الولايات المختلفة

---

(١) راجع Bartin . ١ . ١٤ — ٥٢ .

(٢) وهذه الظاهرة موجودة الآن بعد صلح فرساى الذى خلق دولا مركبة النظم القانونية فى شرق أوروبا كيوجوسلافيا وبولونيا .

conflits de lois fédéraux ، ويجب حله بمقتضى قواعد ، فهل تدخل دراسة هذه القواعد ضمن القانون الدولى الخاص [١] ؟ وهل تتشابه هذه القواعـد مع القواعد الخاصـة بتنازع القوانين الدولى ؟ والجواب بالنفى ، أى ان هذه القواعد لا تدخل فى دراســة القانون الدولى الخاص ولو انها قد تتشابه بعض الشبه مع القواعد الخاصة بتنازع القوانين . ويرجع التسبب فى عـدم دخولها الى أنه يوجد هناك عادة فى الدولة سلطة عليا [٢] مختصة باصدار القواعد الخاصة بحل هذا النوع من التنازع ، ولا شك فى أنه ليس هناك سلطة مماثلة بالنسـبة للتنازع الدولى السابق . ولذا كان من المنطق أن يخرج هذا النوع الثانى من التنازع من نطاق القانون الدولى الخاص ، خصوصا اذا لاحظنا أنه خال من كل عنصر أجنبى ، فعناصره كلها وطنية بحتة .

ولـكن قد يحصل التنازع بين قانون محلى وقانون أجنبى ، ففى هذه الحالة يوجد تنازع قوانين دولى ، لأن هناك قانونا أجنبيا وقانونا محليا (وطنى) يتنازعان حكم العلاقة الأجنبية ذات العنصر الأجنبى . فاذا فرض أن رفع الأمر الى محاكم القانون الأجنبى فقد تقضى بتطبيق « القانون المحلى » على العلاقة

---

(١) وسنرى فيما بعد أن فكرة النظام العام ordre public لها دخل كبير فى استبعاد القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الاسناد . وفى هذا النوع من التنازع الذى نبحث فيه هنا يظهر أنه ليس هناك مجال لتدخل هذه الفكرة اذ كل النظم القانونية السائدة فى الولايات تحكم عادة شعبا متحدا فى المشارب والأفكار مما يجعل دور فكرة النظام فى حكم العدم تقريبا . راجع فى هذا المعنى Makarov. ٣٠ ومقال Sulkowski السابق الاشارة اليه . ٦١٥ . و Pillet-Niboyet . ٥٣٤ .

على أن الأمر يدعو الى التفكير بالنسبة للنظم الشخصية المبنية على اعتبارات دينية ، اذ سنرى فيما بعد أن تغيير الزوج لديانته بأن كان مسلما واعتنق النصرانية يؤدى حتما الى طلاق زوجته اذ أن بقاء الزوجية فى هذه الحالة مخالف للنظام العام فى مصر . كما أن الزوج المسيحى الذى يسلم له الحق فى استبقاء علاقة الزوجية مع زوجته المسيحية ولو قضى المجلس الملى بخلاف ذلك وفقا للشريعة الدينية التى تم الزواج على مقتضى أحكامها . وتقضى بذلك أيضا اعتبارات النظام العام عندنا .

وفى النهاية يجب أن لا ننسى أن للجنسية دخلا كبيرا فى مسائل تنازع القوانين الدولى أما فى تنازع القوانين المحلى فليس لها اعتبار .

(٢) راجع Surville . ٥٤ والمراجع التى أشار اليها فى هامش ١ . ورسالة Silz الطبعة الثانية . ٢٤ .

القانونية المعروضة عليها [١] .

وعند ما تسرى داخل حدود دولة معينة عدة نظم قانونية،فكل منها يتحدد عادة بجزء من اقليمها كما ذكرنا ، أو يتحدد بتطبيقه على أشخاص من بين أفرادها ، متميزين بميزات معينة ، فى الغالب دينية ، كما هى الحال فى مصر ، حيث يطبق على الأقباط الأرثوذكس نظام قانونى (دينى) معين ، وكذلك الحال بالنسبة لكل الطوائف الدينية الأخرى فان لها نظامها الخاص بها سواء كان مبناه نصوص دينية أو تقاليد طائفية (ترجع أحيانا الى الشريعة الاسلامية [٢]) . هذه النظم القانونية الشخصية التى تنظم الأحوال الشخصية قد تتنازع فى بعض الأحوال فيما بينها ، أو مع الشريعة الاسلامية التى يمكن أن تعتبر القانون العام droit commun فى مصر من هذه الوجهة . فكيف يتم الفصل فى هذا التنازع ؟ هناك بعض قواعد — ومعظمها اجتهادى — لحل هذا التنازع ، وعلى الأخص اذا ما تعلق بالاختصاص [٣] — فاذا ما اعترف بالاختصاص لمحاكم أى جهة من جهات الاختصاص السابقة فانها تقضى فيه وفقا لقانونها الا ما ندر ، اذ من المعلوم أن بين الاختصاص والقانون فى مصر علاقة وثيقة [٤] . ولكن جانبا من هذه

---

(١) ويحصل ذلك من طريق الانابة اذ ستشير قواعد الاسناد الأجنبية بتطبيق القانون البولونى مثلا ، ولكن هذا القانون سيفوض « للقانون المحلى » للولاية التى ينتسب اليها ، حق الفصل فى النزاع . وسنبحث هذه المسألة بايضاح أكثر عند الكلام فى نظرية الاحالة Renvoi .

(٢) اذ لا توجد فى الواقع نصوص كاملة منظمة للأحوال الشخصية لغير المسلمين فى مصر. لذلك كان من الطبيعى أن تتأثر هذه النظم القانونية بنظام الشريعة الغراء باعتبار أنه النظام الذى يطبق على أغلبية المصريين ، هذا اذا لم يكن متعارضا مع المبادىء الدينية الأساسية عند أهل هذه الطوائف . انظر فيما بعد قضية هنرى سكاكينى .

(٣) وتقوم المحاكم الأهلية بتطبيقها وذلك مع ملاحظة المادتين ٨٠ ، ٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . أنظر بعده .

(٤) انظر كتاب Messina « القانون المدنى المختلط » . ١ . ١٦١ وما بعدها فى مدى التلازم بين الاختصاص والقانون . وأساس هذا التلازم أن جهات الأحوال الشخصية فى مصر هى جهات دينية فلا يمكنها أن تطبق أحكام ديانة غير ديانتها .

القواعد السالفة قد وضعته السلطة التنفيذية فى مصر [١] . و يترتب على ذلك أن هذا النوع من التنازع خارج بدوره عن نطاق القانون الدولى الخاص ، لأنه غير متميز بعنصر أجنبى ، أى غير متميز بعنصر متصل بدولة أجنبية مستقلة . أما اذا كان النزاع بين المحاكم الشرعية أو الطائفية واحدى المحاكم القنصلية الموجودة فى مصر فهنا مجال للقول بوجود تنازع قوانين دولى . ورغم أن المسائل السابقة من الظهور بمكان قد أدت الى اختلاف فى الرأى بين الكتاب [٢] .

---

(١) وأقصد بذلك القواعد الخاصة بلجنة تنازع الاختصاص التى تعقد فى وزارة الحقانية من حين الى آخر . وقد وجدت بمقتضى قرار من وزير الحقانية صادر فى ٩ يونيه سنة ١٩٢٠ .

(٢) وهذا النوع من التنازع ، وان كان من الوجهة الفنية ، غير داخل فى نطاق القانون الدولى الخاص الا أن أهميته العملية كبرى فى مصر ، وذلك بسبب تعدد الهيئات القضائية المختلفة ، ولذا عنى المرحوم أبو هيف بك بدراسته دراسة واسعة فى مؤلفه « القانون الدولى الخاص فى مصر وأوروبا » . ولكن لما كانت هذه الطريقة غير علمية تنحينا عنها ، معتبرين أن دراسة هذا النوع من التنازع الداخلى أدخل فى دراسة مادة المرافعات . على أنه نظرا لوجود الهيئات القنصلية فى مصر تلك الهيئات التى تطبق تشريعات أجنبية بحتة ، هى فى المعتاد تشريعات الدول التى تمثلها منقحة بقوانين خاصة ملائمة لحالة رعاياها الذين يعيشون فى مصر ، ويطلق على هذه القوانين Lois Consulaires ، فان المسألة قد يكون لها جانب من الأهمية من وجهة القانون الدولى الخاص . ولذا أثارت الخلاف بين الكتاب . فنهم (Arminjon ٩٠) من اعتبر هذا التنازع داخلا فى القانون الدولى الخاص فتطبق عليه قواعده . وهذا الرأى من جانب الأستاذ غير مستغرب اذا رجعنا الى تعريفه للنظم القانونية فهو يعتبر النظام القانونى موجودا ولو لم يكن له اقليم يتحدد به . وأيده فى رأيه المرحوم الدكتور أبو هيف بك . ٥٣ و ٥٤ وكذلك قال به مع تعديل طفيف فى التدليل الأستاذ Smyriniadis المحامى أمام المحاكم المختلطة (مقال منشور فى مجلة القانون الدولى الخاص سنة ١٩٣١ عدد ٢ و ٣) وقرر الدكتور الزينى بأن هذا التنازع بعيد عن أن يدخل فى موضوعات القانون الدولى الخاص حتى لو كان التنازع حاصلا بين جهة قنصلية وجهة مصرية ، لأن الجهات القضائية الأجنبية فى مصر داخلة ضمن النظام القضائى المصرى ، أى النظام الذى أقره المشرع المصرى . أما الأستاذ رياض فقال بتقسيم أحوال تنازع القوانين فى مصر الى قسمين ، قسم ينشأ بين قانونين محليين مرجعهما السيادة المصرية ، كالتنازع الذى يحصل بين القانون الأهلى والشريعة الاسلامية مثلا . وقسم ينشأ بين قانون محلى وقانون أجنبى كالتنازع بين القانون الأهلى وقانون أجنبى آخر تطبقه احدى المحاكم القنصلية فى مصر ، فالأول =

٢٠ — ثالثا : تنازع القوانين الاستعمارى : conflits de lois de type colonial ، اعتادت الدول المستعمرة غالبا أن تسمح بسريان القوانين الأهلية indigènes فى البلاد المستعمرة ، فتجيز تطبيقها فى بعض المسائل وعلى الأخص ما تعلق منها بالأحوال الشخصية statut personnel وذلك لمساسها بالدين . فنرى مثلا أن فرنسا أجازت تطبيق الشريعة الاسلامية (المذهب المالكى) فى بلاد الجزائر بالنسبة للجزائريين . وقد أدى ذلك الى حصول تنازع بين الشريعة الاسلامية ، و بين القانون الفرنسى فى بعض الأحوال . وعلى الأخص بشأن تفسير المراد بالأحوال الشخصية وما يدخل فيها وما لا يدخل . ونذكر بهذه المناسبة أن اصطلاح الأحوال الشخصية يأخذ هنالك معنى أوسع من معناه المتعارف فى القانون الدولى الخاص فتدخل فيه مسألة توزيع الأنصبة فى التركات la dévolution héréditaire.

ولا يدخل هذا النوع من التنازع ضمن دراسة القانون الدولى الخاص لأنه ليس تنازعا بين سيادتين ، وكل ماهو حاصل هو تحديد نطاق تطبيق القانون الفرنسى فى بلاد خاضعة للسيادة الفرنسية ، فافرنسا وحدها الحق فى حل هذا التنازع حسبما يتراءى لها [1] . وقصارى القول أنه لايوجد هنا تنازع بين قانونين ، كما هى الحال فى التنازع الدولى ، بل على العكس ان أحد القانونين وهو القانون الفرنسى ،

= منهما لا يعتبر داخلا فى موضوعات القانون الدولى الخاص أما الثانى فيدخل فيها . ونحن نقر هذا الرأى . وأساس الاختلاف بينها جميعا يرجع الى فكرة السيادة وفهم الكاتب لمدلولها وأهميتها . والآراء السالفة كلها ملخصة فى مؤلف الأستاذ رياض ١٩ — ٢٥ . وتجد تفسير هذا الخلاف فى تعليقنا على مؤلف الأستاذ الأخير فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة . العدد الثانى ٢٢٩ .

(١) راجع Bartin ١ . ١٨ حيث يشير الى صورة أخرى من هذا التنازع تتحقق فيما يتعلق بالملكية ، اذ أن نظام الملكية كان خاضعا لأحكام الشريعة الغراء فيما مضى فى الجزائر ولكن أصدر المشرع الفرنسى قانونا فى ٢٤ يوليه سنة ١٨٧٣ منظما للملكية من جديد وفقا للمبادىء الفرنسية . فمن المحتمل اذن حصول تنازع بين الشريعة الاسلامية التى كانت مطبقة قديما والتشريع الفرنسى المطبق الآن .

معتبر أنه النظام الغالب système dominant فى هذا النظام المركب complexe ، وأما الشريعة الاسـلامية فهى هنا نظام خاضع système subordonné لأنه يستمد قوته فى التطبيق من النظام الغالب وهو القانون الفرنسى (١) .

٢١ — رابعا : تنازع القانون العام والقانون المحلى : Conflit de droit général et local . قد يحصل أحيانا لسبب ما أن يطبق فى اقليم معين من الدولة قانون (محلى) خاص يخالف القانون العام المطبق فى كل أنحائها الأخرى ، كما هى الحال فى فرنسا بعد ضم الألزاس واللورين اذ تطبق فى هاتين الولايتين حتى الآن و بصفة مؤقتة بعض القوانين الألمانية القديمة (طبعا على أنها فرنسية). فالى أن تستبدل بهذه القوانين القوانين الفرنسية العامة فانه من المحتمل جدا أن يحدث تنازع بينهما و بين القانون الفرنسى (٢) .

ولا يدخل هـذا النوع من التنازع بدوره ضمن القـانون الدولى الخاص لنفس الأسـباب التى ذكرناها بالنسـبة للنوع السـالف . ويشبهه تنـازع القوانين الحاصل لسبب الانضمام conflits d'annexion أى بسبب ضم دولة أو

---

(١) ويقول الأستاذ Arminjon ١ . ١١٢ ، أنه فى كل بلد نظامه القانونى مركب لا بد من وجود نظام غالب ونظام خاضع . واذا تأملنا فى الحالة الغريبة القائمة فى مصر فى العهد الحاضر فانا نجد فيها جملة أنظمة قانونية . فنظامنا اذن مركب . ولكن لا ننسى أن تعدد الأنظمة القانونية مقصور فى الواقع على مسائل الأحوال الشخصية . والنظام الاسلامى يعتبر من هذه الناحية هو النظام الغالب لأنه ، من جهة نظام الأكثرية ، ومن جهة أخرى فانه نظام قانونى بالمعنى الحقيقى، اذ توجد فيه قواعد منوعة (فتوجد فيه بعض قواعد الاسناد ، كما توجد فيه قواعد موضوعية وقواعد مرافعات الخ) بخلاف الأنظمة الأخرى فانها فقيرة من هذه الناحية ، ولذلك كثيرا ما رجعت المجالس الملية الى الشريعة الاسلامية لتستوحيها الحكم فى الموضوع .

أما من وجهة الأحوال غير الشخصية، أى العلائق المالية وغيرها، فلا يوجد فى شأنها سوى النظام المختلط والنظام الأهلى . وهما نظامان متقاربان . وتضاف اليهما النظم الأجنبية فى حالة اختصاص المحاكم القنصلية بنظر الدعاوى المنقولة بين الأفراد التابعين لها . انظر مقال Arminjon المنشور فى Clunet ١٩١٢ — ١٩١٣ .

(٢) راجع Niboyet Conflits de lois en Alsace-Loraine. نبذة ٦٢ . ١١٥ .

جزء من دولة الى أخرى فانه يحصل التنازع بين قوانين الدولة القديمة التى ألغيت أو التى استبقيت بصفة مؤقتة وقوانين الدولة الجديدة . وهذا النوع من التنازع لا يدخل أيضا ضمن القانون الدولى الخاص [١] .

٢٢ — ويتبين مما تقدم أن تنازع القوانين الدولى هو النوع الوحيد الداخل فى نطاق القانون الدولى الخاص ، ولكن هل يتحقق ذلك بدون قيد ولا شرط أو أن هنالك قيودا لا بد من مراعاتها ؟

٢٣ — فى الواقع هناك قيود يتحدد بها تنازع القوانين الدولى الداخل فى نطاق القانون الدولى الخاص . وأولى هذه القيود أن يكون التنازع متعلقا بالقانون الخاص . وهذا القيد ظاهر فى تسمية « القانون الدولى الخاص » فاذا كان هذا التنازع متعلقا بالقانون العام فلا محل هنا للالتجاء الى قواعد القانون الدولى الخاص ، بل يصح الالتجاء لقواعد القانون الدولى العام لأن هذا النوع من التنازع يتعلق مباشرة بالدولة .

ومعنى كون التنازع متعلقا بالقانون الخاص هو أن موضوعه يصح أن يكون مدنيا كالنزاع بشأن عقد من العقود تم بين أفراد غير مشتغلين بالتجارة . كما يصح أن يكون تجاريا كما اذا سحبت كمبيالة على شخص من جنسية أجنبية وتداول هذه الورقة أشخاص مختلفو الجنسية ، فمن المحتمل التنازع على القانون الذى يحكم التزام كل منهم .

وفى الواقع أنه لا محل للتفرقة بين هذين النوعين من العلائق المدنية والتجارية ، وذلك رغم أن تشريعات عدة قد خصت كل منها بمجموعة قانونية منفصلة عن الأخرى ، وهذا هو المذهب المتبع فى مصر ، وان كان منتقدا فى ذاته . وقد جرت التشريعات الحديثة على اهمال التفرقة بينهما ، فوحدت الأحكام بشأنهما .

(١) ومما لا جدال فيه أيضا أن التنازع الحاصل داخل حدود دولة ما بين القانون المدنى والادارى أو التجارى على حكم علاقة قانونية وطنية لا يعتبر داخلا فى نطاق القانون الدولى الخاص .

ونذكر بهذه المناسبة أن بعض كتاب القانون الدولى الخاص قد بحث تنازع القوانين المتعلق بالمسائل المدنية فى فصل على حدة، وتنازع القوانين المتعلق بالمسائل التجارية فى فصل آخر. ولكن هذه الطريقة منتقدة، وقد انتقدها بشدة الأستاذ Bartin [(١)] لأنها تقسم هذه العلائق الى نوعين بغير مسوغ ظاهر. فالقواعد التى تصلح للمسائل المدنية تصلح بعينها للمسائل التجارية. ويقرر الأستاذ أن اتباع هذه الطريقة من جانب هؤلاء الكتاب أدى الى وقوعهم فى أخطاء عدة، اذ حصل أنه عند بحثهم لتنازع القوانين فى المسائل التجارية أن قرروا حلولا مخالفة لما قرروه فى المسائل المدنية المماثلة، مع أنه لا داعى للتفرقة بأية حال. ويمكننا أن نضيف الى هذا النقد، نقدا آخر، وهو أن اتباع هذه الطريقة يؤدى أحيانا الى تكرار فى ذكر القواعد لا محل له، لما فيه من تشويش على الأذهان، ولذلك سنرى فيما بعد أننا سنبحث عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية بغض النظر عما اذا كانت مدنية أو تجارية. وأن المسائل التجارية تسير دائما بجانب المسائل المدنية.

٢٤ — انتهينا الآن الى القول بأن القانون الدولى الخاص انما يهتم بدراسة تنازع القوانين المتعلق بالقانون الخاص دون القانون العام، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نستبعد من دراسته ما يسمى بقانون العقوبات الدولى [(٢)] droit pénal international. ولبيان مدلول هذا الاصطلاح الأخير بايجاز نسوق الفرض الآتى، وملخصه أن أشخاصا مختلفى الجنسية يرتكبون جريمة ما فى أراضى

---

(١) راجع مؤلفه ١ . ٤٧ — ٤٩ حيث يقرر أنه اذا جازت التفرقة بين المجموعة المدنية والمجموعة التجارية، فان هذه التفرقة غير مقبولة بالنسبة لتنازع القوانين .

(٢) ولهذه المادة أهمية كبرى فى العمل الآن . وقد عقدت مؤتمرات كثيرة للنظر فى توحيد قانون العقوبات فى مختلف الدول . وآخر مؤتمر من هذا النوع عقد فى كوبنهاجن فى عام ١٩٣٥ . وقد مثلت مصر فيه . ومن الملاحظ نجاح المؤتمرات الدولية فى هذا الفرع من القانون . وسنرى أن الأمر يخالف ذلك فيما يتعلق بالمؤتمرات المتعلقة بتوحيد قواعد تنازع القوانين على العموم . راجع بعده بند ٥١ .

دولة ، ثم يفرون منها الى أخرى ، فهل يمكن لمحاكم الدولة الأولى أن تحاكمهم غيابيا أو لا ؟ وهل يصح تقديمهم للمحاكمة أمام محاكمهم الوطنية ؟ وأمام أية محكمة يصح الادعاء مدنيا ؟ الى غير ذلك من المسائل المعقدة التى يهتم بدراستها علم قانون العقوبات الدولى (١) . فاذا فرض وصدر حكم فى النهاية من محاكم دولة على متهم تابع لدولة أخرى فهل ينفذ هذا الحكم فى الدولة الثانية أو لا (٢) ؟ أسارع الى القول ، بأنه من المقرر فى هذا الصدد أن الأحكام الجنائية الأجنبية لاتقبل التنفيذ خارج حدود الدولة التى صدرت فيها ، فلا يمكن اذن وضع الأمر بالتنفيذ عليها وذلك لاعتبارات متعلقة بسيادة الدولة ، لا لاعتبارات النظام العام فحسب . وأقصد بهذا أنه يجب أن نفرق بين فكرة النظام العام وفكرة عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية الجنائية ، لأن فكرة النظام العام كما سنرى أساسها رعاية مصالح رئيسية فى الدولة ، وذلك من طريق امتناع المحاكم الوطنية عن تطبيق القوانين الأجنبية ، فى بعض الأحوال على سبيل الاستثناء . وأما فكرة عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية الجنائية فأساسها اعتبارات متعلقة بسيادة الدولة وكيانها ، اذ لا يمكن أن تسمح لدولة أخرى أن تنفذ داخل أراضيها أحكاما مبناها مجرد السلطان والسيادة ، وليست الحال كذلك بالنسبة للأحكام المدنية . ويلاحظ أن العمل جار على عكس ما تقدم فى مصر ، فمن مقتضى الامتيازات الأجنبية أن تمتع المحاكم القنصلية باختصاص جنائى واسع بالنسبة لرعاياها والتابعين اليها ، وتنفذ أحكامها فى مصر بمعاونة السلطات المصرية عند اللزوم (٣) . ومعنى ذلك بلغة

---

(١) ونوجه النظر الى المثل الذى أتى به الأستاذ Bartin ١ . ١٠ . للدلالة على وجود تنازع قانونى فى نطاق القانون الخاص والقانون العام فى وقت واحد .

(٢) راجع فى هذا أفكار Asser et Rivier فى كتابيهما Eléments de droit intern. privé . ٥ وكذلك مؤلف Weiss . ٣٥ وما بعدها .

(٣) ولكن هل يمكن التسليم بتنفيذ هذا الحكم اذا كان مخالفا للنظام العام فى مصر ؟ أو أن وجود الامتيازات الأجنبية من مقتضاه اهمال هذا المبدأ والسماح بتنفيذ أحكام المحاكم القنصلية دون مراعاة لأى اعتبار آخر ؟ . هذا ما سنبحثه بايضاح فيما بعد . راجع بهذه =

القانون أن الدول الأجنبية الممتازة تباشر جانبا من السلطان والسيادة داخل الحدود المصرية . وربما تعزى البعض بالقول بأنها تباشر تلك السلطة بناء على تفويض من جانب صاحب السلطان الشرعى ولكن فاتهم أنه من المشكوك فيه كثيرا أن يتمكن صاحب السلطان من سحب هذا التفويض délégation .

فمن الضرورى اذن وجوب التفرقة بين القانون الدولى الخاص و بين قانون العقوبات الدولى ، ولو أنه قد ينجم فى بعض الأحوال عند تطبيق هذا الأخير التعرض لمسائل خاصة . ويتحقق ذلك عند مايرفع المدعى المدنى دعواه على المتهم أمام المحكمة الجنائية الأجنبية المختصة ، فتفصل فيه . كما يحصل ذلك عادة فى مصر اذ تطبق المحاكم الجنائية نص المادة ١٥١ مدنى أهلى . فاذا ماقضت المحكمة الجنائية الأجنبية بعقوبة بدنية على المتهم ثم بالزامه بدفع تعويضات . فهل يمكن تنفيذ هذا الحكم فى شقه المدنى فى مصر ؟ يجيزون ذلك [١] لأن هذا الحكم يتكون فى الواقع من حكمين ، يمكن فصل كل منهما عن الآخر تماما ، ولأن المدعى المدنى لو كان قد رفع دعواه أمام المحكمة المدنية الأجنبية لأمكن تنفيذ حكمها .

٢٥ — أما القيد الثانى الذى يتحدد به تنازع القوانين الداخل فى نطاق القانون الدولى الخاص فيتلخص فى أن يكون هذا التنازع حاصلا بين تشريعات دول متمدينة أو على الأقل نصف متمدينة . فاذا كان التنازع حاصلا بين تشريع دولة متمدينة كانجلترا وتشريع دولة أخرى همجية ، أو بعبارة أدق ، اذا كان التنازع حاصلا بين قانون أمة محترمة وعادات أمة متوحشة أو متبربرة فلا محل لتطبيق قواعد القانون الدولى الخاص . وهذا ما قضت به المحاكم الانجليزية

= المناسبة مؤلف Messina فى القانون المدنى . ٢ . ١٤٠ وعلى الأخص هامش ١ . ويكفى أن نعرف الآن أن الأحكام القنصلية تنفذ بغير وضع الأمر بالتنفيذ عليها exequatur . وهذا هو الرأى الجارى عليه العمل وان تكن المسألة قد أثارت خلافات واسعة فيما مضى .

(١) راجع Bartin ١ . ٣٧ .

فى حكم شهير (١) . وتتلخص القضية فى أن رحالة انجليزيا explorateur ذهب الى بلاد فى أواسط أفريقيا وتزوج هنـاك من احدى نساء القبائل زواجا تم وفقا للأشكال والعادات المتبعة فى هذه القبيلة . حصل بعد هذا أن توفى الرحالة عن ولد ، فلما طالبت أمه باعتبارها وصية على ولدها بتركة الوالد المتوفى رفضت المحاكم الانجليزية طلبها ، مستندة على أنه ليس هنالك تنازع قوانين بين القانون الانجليزى و بين عادات تلك القبيلة . أو ما معناه أن الزواج لا يعتـبر صحيحا ، وان كان تطبيق قواعد القـانون الدولى الخـاص ، أو بعبارة أخرى تطبيق قاعدة Locus regit actum يؤدى الى القول بصحته من حيث الشـكل على الأقل . ولـكن رغم ذلك اعتبرت المحاكم الانجليزية أن العلاقة علاقة سفاح ، والولد ولد طبيعى. ويؤيد الـكتاب الفرنسيون الحكم السالف ، وكذلك المحاكم الفرنسية ، وحجتهم فى ذلك أن العالم المتمدين لا يعترف بوجود تعاون مع الدول المتبربرة ، ولذلك يجب عدم تطبيق العادات السائدة فيها ، خصوصا أن أساس هذه العـادات مخالف كل المخالفة لأساس القوانين فى البلاد المتمدينة فلا يجوز للمحاكم اذن تطبيقها (٢) .

---

(١) والحـكم منشور فى Clunet . ١٨٨٩ . ١٢٨ . وهو صادر من المحـكمة العليـا الانجليزية . وقد صدرت على نسقه أحكام أخرى منها حكم ٩ فبراير سنة ١٨٩٠ . Clunet . ١٨٩٠ . ٧١٣ ، و ٧ مايو سنة ١٨٩١ Clunet . ١٨٩٢ . ٢٥٤ . وقارن ذلك بحـكم محكمة باريس الصادر فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٢٦ . Clunet . ١٩٢٧ . ٤٢٩ .

(٢) والواقع أن المسألة دقيقة ، اذ قد يؤول هذا القيد بأن قواعد تنازع القوانين لا يجب أن تطبق بالنسبة للتشريعات الأجنبية الا اذا كانت هذه التشريعات تنتسب لدول يمكن أن توجد بينها علائق تنظمها قواعد القـانون الدولى العام . فاذا كانت الدولة الأجنبيـة المطلوب تطبيق تشريعها لاتدخل فى نطاق الدول التى تنطبق عليها قواعد القانون الدولى العام، فلا يمكن اذن تطبيق قواعد تنازع القوانين بالنسبة لتشريعها . وهكذا يصبح تطبيق قواعد تنازع القوانين موقوفا أولا على ما تقول به قواعد القانون الدولى العام فى النطاق السالف . ولا يمكن التسـليم بذلك لأن قواعد القانون الدولى العام انما تنظم علاقات الدول فيما بينها ، أما قواعد تنازع القوانين =

٣٦ — ووفقا لهذا التعليل الذى يرتكز عليه القيد الثانى رفضت المحاكم الفرنسية تطبيق التشريع السوفيتى وحصل ذلك فى قضية مشهورة باسم (قضية حرير أودسا)[1]. وتتلخص وقائعها فى أن الحكومة السوفيتية صادرت مركبا مشحونة حريرا فى ميناء أودسا، ثم باعتها الى شخص ثالث قادها الى فرنسا. فلما وصلت المركب الى مرسيليا أسرع المالك الأصلى وأوقع حجزا عليها معتبرا أن مصادرة الحكومة السوفيتية لا تسرى عليه لعدم مشروعيتها ولمخالفتها المبادىء الأساسية فى القانون، من حيث انتها كها حرمة الملكية الفردية. فلما رفع الأمر الى المحكمة الفرنسية حكمت له بالملكية، ورغم أن المشترى قد أصبح مالكا بالتطبيق لقاعدة القانون الدولى الخاص الفرنسية التى تقول بأنه لا كتساب ملكية المنقول (منفردا ut singuli) أو انتقالها من شخص الى آخر يتبع قانون موقع المنقول lex rei sitæ وهو هنا القانون السوفيتى. ولكن المحاكم الفرنسية رفضت الأخذ بهذا الرأى وامتنعت عن تطبيق قواعد تنازع القوانين الفرنسية التى تقول بتطبيق القانون السوفيتى لأن هذا الأخير انما يقوم على مبادىء مخالفة للمبادىء التى تقوم عليها التشريعات فى البلاد المتمدينة اذ لا يعترف بالملكية الفردية، ولا بالميراث ولا بالاستمرار فى علاقة الزوجية[2].

ولكن حصل بعد صدور الحكم فى هذه القضية بقليل من الزمان (فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٢٤) أن اعترفت الحكومة الفرنسية بحكومة السوفيت، فتساءل البعض وقتئذ عن الخطة التى ستتبعها المحاكم الفرنسية أزاء تطبيق

= فتنظم مصالح الأفراد الخاصة. فيجب اذن عدم الخلط بينها. راجع Bartin . ١ . ٥٦ـ٥٧. وانظر كذلك بند ٢٦ من مؤلفنا. وتكون العبرة فى الأخذ بالتشريع الأجنبى أن يكون قد بنى على نفس الأسس العامة التى بنيت عليها التشريعات فى البلاد المتمدينة بغض النظر عن حالة الدولة من الوجهة السياسية. راجع أيضا Dicey ٣٠ وأبو هيف بك ٥٤ — ٥٧.

(١) راجع حكم محكمة السين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣. Clunet. ١٩٢٤. ١٣٣.

(٢) راجع بالنسبة للتشريع السوفيتى الحديث مقالا منشورا فى مجلة جمعية التشريع المقارن الفرنسية عدد يوليه ١٩٢٣. ٥٣١ وما بعدها.

القانون السوفيتى وتنبأوا بتغيير الأمور . ولكن مع ذلك فان المحاكم الفرنسية[1] استمرت على خطتها القديمة فلم ترض بتطبيق القانون السوفيتى والاعتراف به اذا ما أشارت بذلك قواعد تنازع القوانين الفرنسية ، وابتدعت للوصول الى ذلك تعليلا جديدا . فأقلعت عن وصف التشريع السوفيتى بأنه مخالف فى أساسه للمبادىء التى يقوم عليها التشريع فى البلاد المتمدينة ، وانما سارت على القول بأن هذا التشريع فى بعض أجزائه مخالف لمبادىء النظام العام المقررة فى فرنسا . وفكرة النظام العام كما سنرى فكرة غامضة جدا ومرنة ، وفى امكان المحاكم الوطنية أن تدخل فى نطاقها ما تريد اذا مارغبت فى استبعاد تطبيق قانون أجنبى. وقد نسجت المحاكم الفرنسية مرارا على هذا المنوال . ومن أهم القضايا التى عرضت أمامها فى هذا الشأن قضية شهيرة تتلخص وقائعها فى أن شركة روسية كانت موجودة فى فرنسا قبل الاعتراف بحكومة السوفيت ، وحصل بعد الاعتراف بهذه الأخيرة أن طالب مندوب السوفيت المقيم فى فرنسا أن يجلس فى مجلس ادارة الشركة كنائب عن حكومته وذلك وفقا للتشريع السوفيتى فرفضت المحكمة طلبه مستندة على فكرة النظام العام[2] وبهذه المناسبة نذكر أن الحكومة المصرية لم تعترف بحكومة السوفيت حتى الآن بعد أن اعترفت بها

---

(١) راجع حكم محكمة Aix الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ . Clunet . ١٩٢٦ . ٦٦٧ . وحكم النقض الفرنسى (غرفة العرائض) ٥ مارس سنة ١٩٢٨ Clunet . ١٩٢٨ . ٦٧٤ . وكان النقض بمناسبة الحكم السالف وقد أيده .

(٢) لما فى ذلك من تهجم على الحرية الفردية وملكية الشركة لأموالها دون منازعة من جانب حكومة الدولة التى تنتسب اليها . راجع فى هذا الصدد الأحكام الآتية : محكمة السين ٢٠ مايو ١٩٣١ . Clunet ١٩٢٣ . ٥٣٣ ، ٢٦ ابريل سنة ١٩٢٢ . Clunet . ١٩٢٣ . ٩٣٣ . ٢٠ أغسطس سنة ١٩٢٤ . Clunet . ١٩٢٥ . ٨٣٥ وأخيرا حكم محكمة باريس الصادر فى ١٣ يونيه سنة ١٩٢٨ . Clunet . ١٩٢٩ . ١١٩ . وبالنسبة للعلائق العائلية بين الروس يراجع حكم محكمة باريس ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٦ . Clunet . ١٩٢٦ . ٩٤٤ . فتغير العلائق السياسية بين فرنسا وروسيا لم يغير فى الواقع كثيرا من مسلك المحاكم الفرنسية . راجع بند ٢٥ .

حكومات أغلب الدول المتمدينة منذ زمن بعيد ، ورغم أنه قد أصبح لها مقعد دائم فى مجلس عصبة الأمم أخيرا . كما أن المحاكم المختلطة قد رفضت باطراد تطبيق القانون السوفيتى [1] . وسنرى أنه فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة برعايا الروس القدماء (البيض [2]) قد بعثت المحاكم المختلطة قانونهم من لحده ، وهو القانون الروسى القديم كى لايطبق عليهم القانون السوفيتى الحالى ، ولا الشريعة الاسلامية ، الشريعة العامة فى البلاد ، وذلك باعتبار أنها مبنية على أصول دينية مخالفة لمبادىء المسيحية وسأعود الى هذه المسألة فيا بعد مفصلا .

وفى النهاية فان محاكم الدول الأوروبية قد رفضت أن تطبق الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين فى الخارج اذا ما أرادوا أن يتزوجوا بأكثر من زوجة واحدة ، باعتبار أن تعدد الزوجات مخالف للنظام العام . لا باعتبار أن الشريعة الاسلامية برمتها تقوم على أسس مخالفة للمدنية الأوروبية .

ويلاحظ أن هذه الحجة بعينها قد اعتمدت عليها المحاكم الفرنسيه أخيرا لكى ترفض تطبيق التشريع السوفيتى .

ونذكر بهذه المناسبة أيضا أن المحاكم الانجليزية ترفض الاعتراف بصحة الطلاق الحاصل من الزوج المسلم لمخالفته للنظام العام . ووجه المخالفة هو أن يتم بمطلق ارادة الزوج دون الالتجاء الى القاضى . وفى لغة هذه المحاكم ، أن ألفاظ الزوج ليس لها مفعول سحرى يفصم عرى الزوجية [3] .

٢٧ — وخلاصة ما قدمناه الى الآن ، أن القانون الدولى الخاص يعنى

---

(١) ومع ذلك فللحكومة السوفيتية حق المقاضاة أمام المحاكم المختلطة اذ تجب التفرقة بين الشخصية المدنية والشخصية الدولية . راجع حكم مختلط صادر فى ٢٩ مارس ١٩٣٣ . منشور فى Clunet ١٩٣٥ . ١٩٩ ويثبت هذا الحكم أن هناك انفصالا بين موجبات القانون الدولى العام وموجبات القانون الدولى الخاص ، ومن الجهة الأخرى رفضت المحاكم المختلطة تطبيق أحكام التشريع السوفيتى ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٤ . جازيت ١٤ . ٢٣٤ . ٣٦٥ .

(٢) ويسمونه كذلك بالمضادة للبلاشفة الذين يعرفون باسم الروس الحمر ، لأن اللون الأحمر شعار الشيوعيين Les communistes . وغير مسموح لهؤلاء بدخول الأراضى المصرية .

(٣) وستتعرض لهذه المسألة فيا بعد بايضاح واف . راجع Westlake . ٨٦ .

بدراسة تنازع القوانين الدولى فى المسائل المتعلقة بالقانون الخاص . متى كان التنازع حاصلا بين تشريعات تقوم فى أسسها على مدنية متشابهة .

٢٨ — على أنه يجب على القاضى الوطنى قبل أن يقول بالاختصاص التشريعى لقانون معين أن يتحقق أولا من اختصاصه بنظر النزاع المرفوع اليه . ولكن لما كان هذا النزاع متعلقا بعلاقة قانونية ذات عنصر أجنبى ، فانه يحصل غالبا أن تتنازع محاكم دول مختلفة حق النظر فيها ، أى أنها تتنازع الاختصاص بشأنها .

فعلى القاضى الوطنى اذن قبل الفصل فى مسألة تنازع القوانين أن يفصل فى مسألة أخرى أولية question préjudicielle هى مسألة « تنازع الاختصاص » فاذا ما قال بالاختصاص القضائى la compétence judiciaire لمحاكم دولته أمكنه أن يفصل على التعاقب فى المسألة الثانية وهى « مسألة الاختصاص التشريعى ».

٢٩ — وللفصل فى مسألة « تنازع الاختصاص » يلجأ القاضى الى قواعد القانون الدولى الخاص. فكأن هذه القواعد الأخيرة لا تقتصر فقط على الفصل فى مسائل « تنازع القوانين » بل تفصل أيضا فى مسائل « تنازع الاختصاص » . وسنرى أن القواعد المتعلقة « بتنازع الاختصاص » تقول تارة باختصاص المحاكم المصرية وحدها وتارة أخرى باختصاص محاكم دولة أجنبية (١) ، أو بجواز الاختصاص للمحاكم المصرية أو للمحاكم الأجنبية على السواء (٢) . والقواعد المتعلقة « بتنازع الاختصاص » قواعد وطنية بحتة كما رأينا بالنسبة للقواعد المتعلقة « بتنازع القوانين » لأنها هى الأخرى متعلقة بالسيادة . سيادة المحاكم الوطنية لا سيادة القانون الوطنى .

---

(١) كما هى الحال بالنسبة للقضايا المتعلقة بعقارات فى الخارج .

(٢) كما اذا كان اختصاص المحاكم المصرية مبنيا على المادة ١٤ / ٢ ، واختصاص المحاكم الأجنبية مبناه تطبيق القواعد العامة .

٣٠ — فاذا كان تطبيق قواعد « تنازع الاختصاص » الوطنية يؤدى الى ثبوت « الاختصاص القضائى » للمحاكم الوطنيـة ، بغض النظر عما تقول به قواعد الاختصاص فى القوانين الأخرى ، فان القاضى ينتقل بعد ذلك الى تطبيق قواعد تنازع القوانين التى قد تعطى « الاختصاص التشريعى » الى قانون أجنبى فى العلاقة القانونية المعروضة أمام المحكمة ، فهل معنى ذلك أننا فصلنا بصفة قطعية فى موضوع النزاع ؟ ظاهر أن الاجابة بالنفى ، اذ كل ما تم هو الفصل فى مسائل أولية بحتة لأننا قد انتهينـا فقط الى معرفة القانون الواجب التطبيق ، ولكننا لم نعرف بعد ماذا يكون الحكم الموضوعى . ولايضاح ما تقدم علينا أن نتصور أن المسألة كانت متعلقة بميراث ايطالى توفى فى مصر ، فاذا أدى تطبيق قواعد تنازع القوانين المصرية الى اعطاء « الاختصاص التشريعى » الى القانون الايطالى فان ذلك وحده لا يكفى للفصل فى النزاع بل لا بد للوصول الى هـذا الغرض من تطبيق القواعد الموضوعية الواردة فى القانون الايطالى بشأن المواريث .

٣١ — وخلاصة ما تقدم أن قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة انما تفصل فى مسألتين أوليتين مسألة « تنازع الاختصاص » ومسألة « تنازع القوانين » حتى اذا ما ثبت الاختصاص التشريعى لنظام قانونى معين système juridique طبق من حيث الموضوع . ونرى أنه بنـاء على ذلك تتمتع قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة بمركز ممتاز ، اذ هى التى تبين لنا الى أى حد تختص محاكم الدولة فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى والى أى حد يمكن أن تطبق القوانين الأجنبية ومتى يجب تطبيق القانون الوطنى . وقد شبهها الأستاذ Arminjon[1] بمكتب الاستعلامات الذى يجب أن يرجع اليه لمعرفة أى القوانين واجب التطبيق متى كانت العلاقة القانونية متميزة بعنصر أجنبى .

٣٢ — أما اذا كانت تطبيق قواعد « تنازع الاختصـاص الوطنية » لا يؤدى الى ثبوت الاختصاص العـام la compétence générale للمحاكم

(١) راجع مؤلفه الجزء الأول . ١٣ .

الوطنية بنظر هـذا النزاع فان القاضى يحكم فى هذه الحالة بعدم اختصاصه ، فان قال بعكس ذلك وجب نقض حـكمه لمخالفته لأوامر المشرع ، حتى لو كان رافع الدعوى مصريا .

٣٣ — فاذا ثبت الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية وفرض أن رفع اليهـا النزاع ، ففصلت فيه بحكم ، فقد يحتاج الأمر الى تنفيذ حكمهـا فى مصر ، فهل تعترف المحاكم المصرية بهذا الحـكم أو لا ؟ والى أى حد يكون هـذا الاعتراف ان وجد ؟ هذا ما تجيب عليه أيضا قواعد القانون الدولى الخاص ، لأن العلاقة القانونية أجنبية على الأقل من حيث جهة الاختصاص التى فصلت فيها [١] . كما اذا رفع فرنسى على مواطن له أمام المحاكم الفرنسية دعوى تعويض لضرر أصابه ثم أراد الدائن أن ينفذ الحـكم الصادر من هـذه المحاكم على أموال المدين فى مصر . فان هذا الحـكم لابد أن يعرض أمام السلطة القضائية المصرية للحصول منهـا على أمر بالتنفيذ exequatur اذا رأت ذلك جائزا . وكذلك اذا ما رفع مصرى على آخر أثناء اقامتهما فى الخارج دعوى بناء على سند حرر له فى مصر وصدر له حكم من المحـكمة الفرنسية ، فلا يمـكن تنفيذه فى مصر الا بعد استيفاء الاجراءات السالفة . ويلاحظ هنا أن العلاقة القانونية تـكاد تـكون وطنية فى جميع عناصرها ولـكنها مع ذلك تعتبر أجنبية فى نظر الشارع لصدور حكم بشأنها من محكمة أجنبية وتختص المحـكمة الفرنسية فى هذه القضية نظرا لاقامة المدعى عليه فى دائرتهـا . فالعلاقة أجنبية بسبب اقامة المدعى عليه فى مكان أجنبى . ولذلك كان لا مناص من الرجوع الى قواعد القانون الدولى الخاص . ويمـكن القول فى النهـاية بأن القواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية ملحقة بقواعد « تنازع الاختصاص » [٢] وذلك كما سنراه بعد .

(١) وسبب الاختصاص فى هذه الحالة اما أن يرجع الى توطن المدعى عليه فى دائرتها أو الى حصول التصرف القـانونى هنالك أيضا ، فأجنبيتها ترجع الى عامل المـكان وعلاقته بعناصر العلاقة القانونية . راجع ما قبله بند ٥ .

(٢) ويطلق على اختصاص المحاكم المصرية هنا « الاختصاص غير المباشر » .

٣٤ — قلنا انه اذا ثبت الاختصاص العام للمحاكم المصرية فان تطبيق قواعد تنازع القوانين قد يؤدى الى اعطاء « الاختصاص التشريعى » الى قانون أجنبى ، ويحق لنا أن نتساءل عن السبب فى ذلك ولماذا لاتقضى المحاكم المصرية دائما وفق القانون المصرى ؟

٣٥ — قد يكون من الأسهل والأبسط أن نقول بتطبيق القانون المصرى دائما لأن القضاة المصريين يعرفون قانونهم تماما . ومن المتيسر عليهم تطبيقه فى كل المنازعات بدلا من تلمس قانون أجنبى قد يصعب الاهتداء الى تفسيره الحقيقى أو ادراك معناه المقصود ، علاوة على ما فى ذلك من اضاعة الوقت والنفقات على الأخصام . وفوق ما تقدم فان القانون الوطنى هو الأولى بالتطبيق على الأراضى الاقليمية ، اذ القانون كما عرفنا انما يقوم على السيادة ، فاذا طبقنا قانونا أجنبيا فان معنى ذلك أننا نتخلى ولو مؤقتا عن سيادة قانوننا الوطنى الاقليمية لكى نسمح لقانون آخر أن يسود فى بلادنا على الأقل سيادة شخصية [1] ، بالنسبة للعلاقة القانونية التى هى موضوع النزاع . وقد يكون أحد أشخاصها مصريا أو تكون قد تمت فى مصر . ويؤيد هذا المذهب أن الشريعة الاسلامية تحرم على القضاة المسلمين أن يطبقوا قانونا غير قانونهم [2] فما السر اذن ؟

٣٦ — بالرغم من وجاهة الأسباب السالفة التى من مقتضاها أن يتمسك القاضى بأهداب قانونه فيطبقه على جميع العلائق القانونية حتى ما كان منها ذا عنصر أجنبى ، فانه من المقرر ، مع ذلك ، افساح المجال للقوانين الأجنبية فى حكم جانب كبير من هذه العلائق الأخيرة . ولقد عنى المشرعون فى الدول المختلفة بتحديد الأحوال التى يسمح فيها للقاضى الوطنى بتطبيق قانون أجنبى . ومن الملاحظ الآن أن النصوص التشريعية فى هذا الشأن تتزايد يوما بعد يوم [3] .

---

(١) وذلك اذا طبق على رعاياه ، اذ لكل قانون سيادتان ، السيادة الاقليمية وهى تفيد سريانه داخل الاقليم ، والسيادة الشخصية وهى تفيد سريانه على الأشخاص التابعين له فى الخارج.

(٢) وسأتعرض لهذه النقطة مفصلا فيما بعد .

(٣) راجع أبو هيف بك . ٢٧ . وكذلك Arminjon . ١ . ٢٢ .

٣٧ — ولقد اختلف الباحثون فى تفسير الأسباب والدوافع التى دفعت المشرعين الى سلوك هذه السبيل التى حدت بهم فى بعض الأحيان الى تفضيل تطبيق قانون أجنبي بدلا من القانون الوطنى . فذهب البعض الى القول بأن المشرع انما يفعل ذلك مراعاة لشعور غيره من المشرعين الأجانب ، اذ لو تغاضى عن تطبيق قوانينهم ، وعلى الأخص على رعاياهم ، فان معنى ذلك الاستهتار بما لهؤلاء المشرعين من سلطان وسيادة على هؤلاء الأشخاص ، وهم فى خارج ديارهم . ولا شك أن النسج على هذا المنوال سيقابل بالمثل ، ولايتفق فى شىء أن يتنابذ المشرعون فى الدول المختلفة بوساطة قوانينهم ومحاكمهم . وهذا التعليل وان كان قد لقى بعض النجاح بدليل أن أخذت به المدرسة الهولندية école Hollandaise (مدرسة المجاملة الدولية comitas gentium) الا أنه مع ذلك قد فقد كل اعتبار الآن ، لأن تطبيق القانون لايلحظ فيه مجرد المجاملة فحسب انما يقصد به تحقيق العدالة على وجهها الأكمل، فستار المجاملة ستار كاذب. ولهذا رأى البعض وعلى رأسهم الأستاذ Bartin[1] القول بتعليل آخر مداره ، أن على الدول التزاما طبيعيا obligation naturelle بتطبيق قواعد القانون الدولى الخاص . وظاهر أن هذا التعليل قريب من التعليل السابق ولذا كان من اليسير نقده، لأن أساسه التمسك بسيادة الدولة على وجه مبالغ فيه.

ورأى كتاب آخرون الالتجاء الى فكرة وجوب احترام الحقوق المكتسبة . فاذا ما اكتسب شخص حقا من الحقوق تحت سلطان قانون أجنبي فمن الواجب احترام هذا الحق فى جميع أنحاء العالم المتمدين ، والا تطرقت الفوضى فى المعاملات ، وكذلك فى العلائق العائلية . فاذا فرض مثلا أن حضر الى مصر زوجان ايطاليان ليس لهما فى الأصل en principe حق الطلاق بموجب

---

(١) راجع Bartin ١ . ١١٤ . ويرى Dicey أن المحاكم الانجليزية اذا صممت على تطبيق القانون الانجليزى فى كل العلائق القانونية على السواء فانها بلا شك ستنتهى الى الاضرار بالانجليز والأجانب على السواء ، اذ تضيع على البعض كل أو بعض حقوقهم ، وتمنح الآخرين حقوقا ليست لهم أصلا . راجع كتابه . ١٠ وما بعدها فتقتضى العدالة اذن تطبيق القوانين الأجنبية فى بعض الأحوال .

قانون أحوالها الشخصية ، وهو القانون الايطالى ، فلا يسوغ للزوج بمجرد دخوله فى الأراضى المصرية أن يدعى أن له الحق فى الاستفادة من الشريعة الاسلامية السارية فى هذه البلاد ، وعلى ذلك له أن يطلق زوجته ثلاثا . أفلا يكون من الأعدل ومن المنطق أن نطبق على هذين الزوجين قانون أحوالها الشخصية الذى يحكم زواجهما و يبين لنا متى يمكن أن يتحقق الطلاق بينهما [(١)] ؟

هذا هو ما فعله المشرع المصرى فى المادة ٤ مدنى مختلط . وقد لاقت فكرة احترام الحقوق المكتسبة نجاحا كبيرا ، ودافع عنها الأستاذ Pillet ، وأصبحت ضمن الأفكار الرئيسية التى تقوم عليها قواعد القانون الدولى الخاص [(٢)] وسنتناولها بالشرح عندما نبحث فى نظرية الاستاذ فى تنازع القوانين ، وعندئذ نجد أن هذه الفكرة لم تخل من الانتقاد فى بعض مناحيها مما دعا البعض الى نبذها كأساس للقانون الدولى الخاص ، مقترحين سندا جديدا ، مداره أن العدالة هى أساس الأخذ بقواعد تنازع القوانين . ففى المثل السابق استدعى تحقيق العدالة على وجهها الأكمل أن لا تطبق الشريعة الاسلامية السائدة فى مصر ، بل يطبق القانون الايطالى . فلا دخل اذن لفكرة احترام الحقوق المكتسبة ، التى كثيرا ما تهملها المحاكم ، اذا ما تعارضت مع مبادىء النظام العام فى البلاد ، بخلاف العدالة التى يعنى المشرع بتحقيقها ، لأنه ان قصر فى ذلك ارتبكت المعاملات والعلائق القانونية بين الأفراد ، وأحجم هؤلاء عن الانتقال من بلد الى آخر ، اذا كان هذا الانتقال سيؤدى الى تحملهم ظلما لامفر منه ، وعلى الأخص ، متى حاق الظلم بأشخاصهم وبحالتهم العائلية . وفى النهاية يرى الأستاذ Lévy-Ullmann [(٣)] أن تطبيق قواعد القانون الدولى

---

(١) والحاصل أن التشريع الايطالى لا يعرف نظام الطلاق ، وانما يعرف نظام الانفصال الجثمانى séparation de corps بين الزوجين ، وذلك اتباعا لأحكام المذهب الكاثوليكى السائد فى ايطاليا تشريعيا .

(٢) انظر مؤلف Pillet-Niboyet . ٣٧٨ وما بعدها ، وكذلك مؤلف Arminjon . ١ . ٢٥١ وما بعدها .

(٣) راجع مذكراته المطبوعة فى باريس سنة ١٩٣١ — ١٩٣٢ . ٧٢ .

الخاص أساسه العادة la coutume . وهذا التعليل التاريخى يقصر عن بيان العلة فى ظهور العادة . ونرى أن التفسير الذى مبناه تحقيق العدالة ربما كان أوجهها ، كما سنحققه عند دراسة نظريات تنازع القوانين .

٣٨ — ويهتم القانون الدولى الخاص ، علاوة على مسألتى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص بدراسة مسألتين أخريين من الأهمية بمكان . الأولى : مسألة مركز الأجانب الموجودين فى الدولة . الثانيــة : مسألة الجنسية . فما المراد بكل منهما ؟

٣٩ — قد يكون من المفيــد أن أوجه النظر قبل أى ايضاح متعلق بهاتين المسألتين ، الى أن بعض الـكتاب لا يوافق على ادخالها ضمن دراسة القانون الدولى الخاص لأسباب سأسردها فى حينها . ولـكن هذا المذهب يخالف ما سارت عليه أغلبية الـكتاب [1] . ونحن من رأى الأغلبية .

٤٠ — والمراد بمركز الأجانب ، أو حالة الأجانب condition des étrangers هو معرفة ما يمكن أن يتمتع به هؤلاء الأشخاص من حقوق وما يتحملونه من التزامات داخل حدود الدولة التى يوجدون فيهـا . ومن المقرر فى هذا الصدد أن المشرع الوطنى هو الذى يحدد مقدار ما يمكن أن يتمتع به الأجانب من حقوق مراعيا فى ذلك مصلحة بلاده قبل كل شىء . وتقل هذه الحقوق عادة عما يتمتع به الوطنى [2] national . ولا يخفى أن هذا الوضع مقلوب فى مصر لأن الأجانب عندنا يتمتعون بمركز ممتاز عن مركز المصريين ، وسنوفى هذه المسألة حقها من البحث فيما بعد .

فالمشرع الوطنى هو الذى يبين الحقوق التى يتمتع بها الأجانب سواء كانت

---

(١) ولقد جرت التقاليد فى كلية الحقوق المصرية منذ زمن بعيــد على وجوب تدريس هاتين المسألتين ضمن مادة القانون الدولى الخاص وذلك لاتصالها الوثيق بمسألة تنازع القوانين كما سنبينه .

(٢) وتتجه الحركة التشريعية العــالمية فى العهد الحاضر الى التسوية بين الوطنى والأجنبى فى المعاملة على قدر الامكان خصوصا فيما يتعلق بالحقوق الخاصة .

هذه الحقوق خاصة ، كحق الأجنبى فى الزواج مثلا ، أو فى الاعتراف بصفته كأعزب بعد طلاق سابق ، أو فى أن يكون وصيا ، أو مالكا لعقار الخ . أو كانت عامة كحقه فى السكنى والاقامة والاتجار الخ [١]. فاذا ماعرضت مسألة من مسائل تنازع القوانين وكان أحد أشخاص العلاقة القانونية أجنبيا ، فيجب اذن قبل الفصل فيها أن نتحقق أولا من مسألة أخرى ، وهى هل يجوز لهذا الأجنبى أن يتمتع بالحق المتنازع فيه أو لا condition des étrangers ؟ فاذا انتهينا منها كان علينا أن نبحث عن القانون الواجب تطبيقه لاكتساب هذا الحق acquisition du droit ، وعلى هذا يلزمنا أن نفرق بين مسألة حالة الأجانب ومسألة تنازع القوانين ، كما لاحظه بحق العلامة Pillet [٢] . ولايضاح ما تقدم ضرب الأستاذ مثلا مضمونه أنه اذا فرض أن سيدة أجنبية أرادت أن تدعى بحق رهن قانونى hypothèque légale على عقارات زوجها الموجودة فى فرنسا (أسوة بالزوجات الفرنسيات) فهل يجوز لها ذلك أو لا ؟ للفصل فى ذلك يجب أن نبحث أولا عما اذا كانت القوانين الفرنسية تبيح لها التمتع بحق الرهن المذكور أو لا condition des étrangers فاذا أباحت ذلك ، فانا ننتقل الى مسألة تنازع القوانين لنبحث عن القانون الواجب أن يحكم العلائق المالية بين الزوجين ، وهل يعطيها هذا الحق أو لا conflit des lois . فاذا كان الجواب بالايجاب فان هذا الحق يحترم . ونورد مثلا آخر ربما كان أكثر وضوحا . لنفرض أن شركة مصرية أرادت أن تمارس بعض أعمالها فى فرنسا بأن تتعاقد مثلا مع أشخاص هنالك ، أو تفتتح لها فرعا لاجراء الأعمال والمعاملات الخاصة بها ، فانه قبل البحث عن القانون الذى يحكم هذه المعاملات conflit des lois يجب أن نتحقق أولا

---

(١) فاذا كان التشريع الوطنى لا يبيح للأجانب التمتع بكل أو بعض هذه الحقوق فان مجال تنازع القوانين يضيق كثيرا . وذلك نظرا للعلاقة القوية بين مسألة مركز الأجانب ومسألة تنازع القوانين .

(٢) راجع Pillet-Niboyet . ٦ .

عما اذا كان يجوز لهـذه الشركـة أن تتمتع بحق الوجود هنالك والتعامل أو لا condition des étrangers ، وان كان لها هـذا الحق فهل هو مطلق أو مقيد بقيود أو باستيفاء اجراءات ، فان وجدت فهل استوفيت فعلا أو لا ؟ فاذا فرض أن هذه الاجراءات لم تستوف فلا داعى فى هـــذه الحالة لبحث مسألة تنازع القوانين . أما اذا كانت قد استوفيت وثبت للشركـة التمتع بهذه الحقوق فان لهـا بعد ذلك مزاولتها . وعندئذ يجرى البحث عن القانون الواجب تطبيقه على علائقها القانونية conflit des lois (١) .

والخلاصة اذن أن مسألة مركـز الأجانب مسألة سابقة ومسألة تنازع القوانين مسألة لاحقة ، وان المسألة الأولى تقابل مايسمى فى القانون المدنى بالتمتع بالحقوق jouissance de droit والمسألة الثانيـة تقابل مايسمى بمزاولة الحقوق exercice de droit . فالقواعد المتعلقة بحالة الأجانب هى التى تبين لنا ما اذا كان للأجنبى التمتع بحق من الحقوق أو لا . والقواعد المتعلقة بتنازع القوانين هى التى تبين لنا القانون الواجب تطبيقه اذا ما زاول الأجنبى حقا من الحقوق التى يجوز له التمتع بهـا . وأوجه النظر الى أن القواعد الأولى قواعد موضوعية بحتة (٢) ، بخلاف القواعد الثانيـة فهى قواعد اسناد فحسب ، لأنها لا تعطى الحـكم مباشرة فى الموضوع بل تـكتفى فقط ببيان القانون الواجب التطبيق ، وهذا القانون هو الذى يعطى الحـكم الموضوعى .

---

(١) ويحصل أحيانا أن يتزوج مصرى من انجليزية ، فتـكتسب هـذه الأخيرة الجنسية المصرية . فاذا توفيت وأراد أهلها الانجليز أن يحصلوا على نصيبهم فى الميراث فانه قد يمنع من ذلك « اختلاف الدارين » . فاذا ثبت أن هـذا المانع غير موجود (حالة الأجانب) ، فانه فى هذه الحال يدور البحث حول مسألة تنازع القوانين . أى معرفة القانون الذى يحكم الميراث .

(٢) وقد ذهب البعض الى القول بأن هذه القواعد وطنية بحتة ويتمتع المشرع فيها بحرية مطلقة فى تنظيمها . وهذا القول نظرى كما سنرى فيما بعد ، اذ يتقيد المشرع الوطنى بالمعاهدات الدولية التى كثرت فى العصور الحديثة ، كما أن احتمال الاحتجاجات السياسية والمعاملة بالمثل من الجهات الأخرى تجعل هذه الحرية مقيدة فعلا ان لم تـكن قانونا . راجع Poullet . ٥ .

ونظرا للعلاقة القوية بين حالة الأجانب وتنازع القوانين كما رأينا قالت أغلبية الكتاب بأن دراسة حالة الأجانب داخلة ضمن القانون الدولى الخاص وخالفهم فى ذلك البعض بدعوى أنهما منفصلتان ، فحالة الأجانب ينظمها القانون الوطنى بدون أية منازعة من قانون أجنبى آخر ، وهى داخلة ضمن القانون العام لا القانون الخاص [(١)] .

٤١ — وتتصل مسألة حالة الأجانب اتصالا وثيقا ، بمسألة الجنسية لأن قانون الجنسية (ووجوده حتمى فى كل الدول) هو الذى يحدد لنا من هو الوطنى ، ومن هو الأجنبى [(٢)] . فاذا تم ذلك أمكن معرفة الحقوق التى يمكن أن يتمتع بها الأجنبى على حسب التفصيل الذى عرفناه . والجنسية وصف فى الشخص يفيد تبعيته لدولة ما . ولقد قام خلاف كبير حول دخول الجنسية ضمن موضوعات القانون الدولى الخاص ، وسنعود اليه فيما بعد . ويكفى أن نعلم الآن أن أغلبية الكتاب قالت بدخولها ، وقولهم معقول ، لأن القانون الدولى الخاص انما يهتم بالعلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى ، والجنسية الأشخاص دخل كبير من هذه الناحية .

٤٢ — الآن وقد انتهينا من بحث الموضوعات الداخلة فى نطاق القانون الدولى الخاص يمكننا أن نعرفه بما يأتى « القانون الدولى الخاص هو ذلك الفرع من القانون الداخلى الذى يبين الحلول الواجبة الاتباع فى مسائل تنازع القوانين والاختصاص ، ويحدد جنسية الأشخاص التابعين

---

(١) راجع Makarov . ٣٢ .

(٢) كما أن اتصالها بمسألة تنازع القوانين ظاهر . اذ فى أغلب الأحوال تعتبر العلاقة القانونية ذات عنصر أجنبى لأنها تتم بين أشخاص مختلفى الجنسية ، ومن الجهة الأخرى فان قانون الجنسية يحكم الأحوال الشخصية كما تقضى بذلك قواعد تنازع القوانين فى غالبية التشريعات المختلفة . راجع فى ذلك Lainé . ١ . ١٥ . ولكن لا يغرب عن البال فى الوقت نفسه أن القواعد المنظمة للجنسية لا دخل لها فى تطبيق القانون من حيث المكان وهو ما تهتم به قواعد تنازع القوانين . راجع Makarov . ٣٢ .

للدولة وحالة الأجانب فيها [١] » .

٤٣ — ولقد وضع كتاب القانون الدولى الخاص تعريفات عدة لا يخرج أكثرها عن التعريف الذى أوردته . ولقد تأثروا فى وضعها بنظرياتهم وأفكارهم الخاصة . فحدده بعضهم بتنازع القوانين والاختصاص ، دون الجنسية ومركز الأجانب . ورأى آخرون وجوب الامتناع عن اعطاء أى تعريف اكتفاء بذكر موضوعاته ومن هؤلاء الأستاذ Makarov فى كتابه الأخير الذى أخرجه فى سنة ١٩٣٢ [٢] .

وأخيرا نرى أن بعض هذه الخلافات فى التعريفات ترجع الى اعتبار جماعة من الكتاب ، أن قواعد تنازع القوانين هى بمثابة قواعد عالمية conception universaliste ، بينما يرى آخرون أنها قواعد خاصة بكل دولة على حدة conception particulariste [٣] .

(١) قارن هذا التعريف بما أورده Lainé . ١ . ١٧ .

(٢) وكان الأستاذ يشغل كرسى القانون الدولى الخاص فى كلية حقوق بتروجراد أيام الحكم القيصرى . وقد ترجم كتابه الى الفرنسية . ووضع له الأستاذ J. Niboyet مقدمة .

(٣) انظر Bartin فى « Etude sur les effets internationaux des jugements, 6. » وكذلك رسالة Silz السابق الاشارة اليها . ١٦ .

الفصل الثانى

مصادر القانون الدولى الخاص

٤٤ — اذا عرضت مسألة من المسائل الداخلة ضمن موضوعات القانون الدولى الخاص يجب على الباحث وهو القاضى ، فى الغالب ، أن ينقب عن القاعدة الواجبة التطبيق فى هذه المسألة ، فأين يجدها ؟ لكى يمكننا الاجابة عن هذا السؤال يلزمنا أن نعرف مصادر القانون الدولى الخاص ، أو بعبارة أخرى يجب أن نعرف من أين يستمد القانون الدولى الخاص قواعده .

وقد رأينا فيما تقدم أن قواعد القانون الدولى الخاص هى قواعد وطنية فى كل دولة ، أى أن هنالك قانونا دوليا خاصا مصريا ، كما يوجد هنالك قانون دولى خاص انجليزى وفرنسى الخ . فاذا عرضت مسألة من مسائل القانون الدولى الخاص أمام القاضى المصرى وجب على هذا القاضى أن يطبق قواعد القانون الدولى الخاص المصرية دون غيرها . ولكن أين توجد تلك القواعد ؟ أو بعبارة أخرى ما هى مصادرها ؟

٤٥ — ودراسة مصادر القانون الدولى الخاص من الأهمية بمكان ، ويرجع ذلك الى أنها تميزت عن مصادر القوانين الأخرى بمميزات خاصة ستتبين لنا فيما بعد . ولقد عنى الكتاب ببحثها كل العناية ، ولكن ترتب على هذه العناية الفائقة أن كثرت الخلافات بينهم . فاذا رجعنا الى المؤلفات الموجودة وجدنا تقسيمات مختلفة لهذه المصادر ، أساسها اختلاف وجهات النظر . فمن الكتاب Weiss [1] من أخذ بتقسيم علمى بحت لأنه تأثر بوجهة نظر علمية مؤداها النظر الى القانون الدولى الخاص باعتباره علما لا باعتباره قانونا وضعيا . فقال بتقسيم للمصادر أساسه ما يجب أن يكون لا ما هو حاصل فعلا . ومن الكتاب

(١) راجع مؤلفه المختصر . ١٤ .

من تأثر بوجهة نظر عكسية Bartin [١] فنظر الى القانون الدولى الخاص لا باعتباره علما ولكن باعتباره قانونا وضعيا قائما على السيادة فقال بأن مصادره كلها وضعية وطنية . وتأثر البعض الآخر فى تقسيمه بالصبغة الدولية التى لهذا القانون فقسم المصادر الى وطنية ودولية Pillet [٢].

ازاء هذا الاختلاف فى وجهات النظر بين الكتاب الذين تأثروا عادة بنظرياتهم الخاصة فى القانون الدولى الخاص ، رأى الأستاذ Lévy-Ullmann [٣] أنه من الأوفق الابتعاد عن كل تقسيماتهم والاكتفاء بوصف وايضاح هذه المصادر كما هى . وفى هذه الطريقة مزية البعد عن التورط فى الأخذ بتقسيم علمى قلما يبعد عن مواطن النقد ، وذلك نظرا لتعقد طبيعة هذه المصادر وبخاصة أن مادة القانون الدولى الخاص ما زالت فى دور التكوين ، اذ لم تبحث بعد عناصرها البحث الكافى الذى يسمح بتقسيم مصادرها تقسيما علميا عقليا .

وقبل أن نسترسل فى بحث هذه المصادر نلفت الأنظار الى أن أهم هذه المصادر هو النصوص التشريعية الداخلية (مصدر وطنى) ونصوص المعاهدات (مصدر دولى) . وهى فى مجموعها غير وافية بالمرام بل يجب الاستعانة بمصادر أخرى سدا للنقص على حسب التفصيل الذى سنراه حالا .

٤٦ — وأول مصادر القانون الدولى الخاص فى مصر النصوص التشريعية les dispositions législatives فيجب على القاضى للفصل فى المسألة المعروضة عليه أن يبحث عن النصوص التشريعية المتعلقة بها سواء وجدت هذه النصوص داخل المجموعات القانونية المختلفة أو فى قوانين منفصلة عنها أو فى لوائح قديمة . ومن الملاحظ فى هذا الصدد أن النصوص التشريعية الداخلية لا تحدد غالبا مجال تطبيق القوانين الوطنية من حيث المكان ، بل تتجه الى بيان أحوال

---

(١) راجع مؤلفه ١ . ١١٠ .

(٢) راجع مؤلف Pillet-Niboyet . ٣٨ و ٤٠ .

(٣) راجع دروسه فى كلية حقوق باريس سنة ١٩٣١ — ١٩٣٢ . ٧٠ .

تطبيق القوانين الأجنبية ، وذلك لأن الأصل أن تنطبق القوانين الوطنية على جميع أحوال التنازع ، فاذا سمحنا بتطبيق القوانين الأجنبية فذلك عن طريق الاستثناء . اذ يجب أن يسود القانون الوطنى فى اقليمه قبل أى قانون آخر ، فاذا ساد قانون أجنبى فيتم ذلك من طريق الاسناد الحاصل وفقا لمقتضيات القانون الوطنى[1] .

كما أنه يلاحظ من الجهة الأخرى أن النصوص التشريعية فى مسائل تنازع القوانين حديثة العهد وقد كانت المحاكم فيما مضى تبنى أحكامها على العادة فحسب[2] .

والواقع أن النصوص التشريعية فى مصر قليلة وغامضة ، وتوجد عادة فى المجموعة المدنيه ، وأسوق منها الآن على سبيل المثال نص المادة ١٣٠/١٩٠ مدنى أهلى ومختلط الذى يقرر بأن الحكم فى مسائل الأهلية خاضع لقانون ملة الشخص فى القانون الأهلى ولقانون جنسيته فى القانون المختلط . وكذلك نص المادة ٥٤/٧٧ مدنى أهلى ومختلط الذى يقرر بأن الحكم فى مسائل المواريث يكون على حسب شرائع الأمة التابع لها المتوفى d'après le statut personnel du défunt أما حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة فيتبع فيه أحكام الشريعة المحلية loi locale . وكذلك نص المادة ١٠ مدنى مختلط الذى يقرر بأن قوانين البوليس والأمن lois de police et de sûreté تسرى على كل القاطنين فى البلاد . وهذه النصوص كما هو ظاهر متعلقة بتنازع القوانين ، لأنها تشير بالحلول الواجبة الاتباع فى مسائل الأهلية والميراث والأمن العام المدنى . وهناك نصوص أخرى فى المجموعة المدنية سيأتى شرحها فيما بعد . أما بالنسبة للنصوص التشريعية الموجودة فى قوانين منفصلة فأذكر منها على سبيل المثال نصوص قانون الجنسية الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ . وبالنسبة لما كان منها فى لوائح قديمة

---

(١) راجع ما قبله بند ١١ .

(٢) راجع Makarov ٤ .

فهنالك لائحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ الخاصة بحق تملك الأجانب للعقارات .

وقصارى القول أن النصوص التشريعية قليلة ، وسأبين العلة فى ذلك عند ما أتناول بالبحث « تنازع القوانين فى مصر » ويكفى الآن أن أوجه النظر الى أن هذا النقص مازال موجودا فى تشريعات أوروبية كثيرة ، وذلك رغم نشاط المشرعين والمشتغلين بالقانون لسده ، فنرى مثلا أن المشرع الألمانى فى سنة ١٩٠٠ خصص مقدمة القانون المدنى للنصوص المتعلقة بالقانون الدولى الخاص ، وكذلك المشرع البولونى الذى وضع نصوصا تشريعية مستوفاة فى سنة ١٩٢٦ [١] . أما المشرع التشيكوسلوفاكى فأعد مشروعا لم يصدر بعد ، جعل فيه قواعد تنازع القوانين فصلا من فصول المجموعة المدنية .

٤٧ — ويتبين مما تقدم أن القاضى يلجأ الى النصوص التشريعية فى قوانين بلاده لكى يستمد منها القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمامه . فاذا أهمل تطبيقها فان حكمه يكون عرضة للطعن فيه بطريق النقض على الأقل . ويلاحظ الأستاذ Bartin [٢] بهذه المناسبة أن هنالك تناقضا بين موضوعات القانون الدولى الخاص وطبيعة هذا المصدر الأول ، اذ أن موضوعات القانون الدولى الخاص ذات صبغة دولية كما رأينا والنصوص التشريعية التى يرجع اليها هى نصوص وطنية بحتة ومعنى ذلك أنه يرجع فى حل مسألة دولية الى تطبيق نصوص وطنية وفى هذا من التناقض ما لا يخفى .

٤٨ — والمصدر الثانى ، هو العادة الدولية la coutume internationale وله أهمية كبرى اذ أن النصوص التشريعية كما قلنا موجزة وقليلة . وتظهر أهمية هذا المصدر بوضوح فى مسائل تنازع القوانين على الأخص ، لأنه فى المسائل الأخرى ، كالجنسية وحالة الأجانب ، تكثر النصوص التشريعية اذ يتمتع

(١) راجع مقال Sulkowski السابق الاشارة اليه حيث توجد بيانات وافية فى هذا الصدد .

(٢) راجع مؤلفه . ١ . ٧٤ — ٧٥ وكذلك . ١١٢ .

المشرع الوطنى فى هذا الصدد بحرية واسعة بالمقارنة مع مسائل تنازع القوانين التى تنطوى عادة على تنازع بين سيادات الدول المختلفة .

ومن المقرر أنه فى كل مرة يعوز القاضى النص التشريعى لحل مسألة من مسائل تنازع القوانين ، عليه أن يبحث عن عادة دولية يمكن تطبيقها على هذا التنازع ، أى أنه من المقرر هنا الأخذ بالتقاليد القديمة tradition. وهذا ماسارت عليه المحاكم فى البلدان المختلفة . فاذا رجعنا الى مجلات الأحكام فيها ، وكذلك فى مصر ، وجدنا تطبيقات مختلفة للعادات الدولية . فكثيرا ما طبقت المحاكم المختلطة [١] العادة التى تقول بأن « شكل العقد خاضع لقانون بلد ابرامه » وهى عادة قديمة ترجع فى تاريخها الى القرن الثالث عشر . وكذلك طبقت المحاكم الفرنسية قاعدة أخرى مبناها العادة ، ومقتضاها « أن المواريث فى المنقولات خاضعة لقانون موطن المتوفى Mobilia sequuntur preso-nam » . وأشهر قضية طبقت فيها هذه العادة هى قضية Forgo التى سنتناولها بالشرح عندما نبحث النظرية الشهيرة باسم نظرية الاحالة Renvoi . وأوجه الأنظار الى أن هذه العادة الأخيرة التى طبقتها المحاكم الفرنسية مقصورة على فرنسا وعدد من الدول فهى ليست اذن عالمية [٢] كعادة Locus regit actum بل هى عادة محلية ولكن موضوعها متعلق بمسألة دولية .

والعادة كما هو معلوم فى مقدمة القانون المدنى مبناها اتباع حكم معين ملزم فى حالة معينة لم يرد بشأنهما نص تشريعى . ونطاق تطبيقها ليس مقصورا فقط على القانون المدنى أو التجارى بل يشمل أيضا القانون الدولى الخاص . وتمتاز فى هذه الحالة الأخيرة بأنها واسعة النطاق بحيث يكون حكمها مشتركا بين

(١) راجع Messina ٢ . ٨١ — ٩٢ والأحكام التى أشار اليها .

(٢) ومن أهم الموضوعات التى تنظمها العادات العالمية ، كيفية معاملة أعضاء السلك السياسى والقنصلى أمام محاكم الدولة والسلطات فيها ، وعلى الأخص فى علاقاتهم المدنية مع الأفراد العاديين .

عدد كبير من الدول المتمدينة فتسرى على جميع رعاياها ، ولذا تأخذ المحاكم بحكمها عند عدم وجود نص تشريعي داخلى يخالفها . فاذا أخذنا مثلا ، القاعدة التى تقول بأن المواريث فى المنقولات خاضعة لقانون موطن المتوفى وأساسها العادة كما قدمنا ، فانه لا يمكن الأخذ بهذا الحكم فى مصر نظرا لوجود نص صريح يخالفها هو نص المادة ٥٤/٧٧ م . ا . م . الذى يخضع المواريث فى المنقولات والعقارات لقانون جنسية المتوفى . فالنص التشريعى المصرى مخالف فى حكمه لحكم العادة السالفة فلا يمكن أن يهمل النص احتراما للعادة [1] . فاذا انعدم النص التشريعى كلية رجعنا الى حكم العادة ، وهذا ما سارت عليه المحاكم دائما .

ولكن يحق لنا أن نتساءل عما اذا كانت المحاكم فى البلاد المختلفة تطبق العادة على نمط واحد ؟ أو بعبارة أخرى هل تفسر القاعدة المبنية على العادة على وتيرة واحدة فى محاكم البلاد المختلفة ؟ الواقع أن الجواب بالايجاب أمر مشكوك فيه كثيرا لأننا اذا رجعنا الى أحكام المحاكم فيما يتعلق بقاعدة Locus مثلا وجدنا اختلافات كبيرة على تفسير معنى الشكل ، وعلى قوة الزامها وهل هى اختيارية أو اجبارية . وكذلك على تحديد المراد بالقانون المحلى . ويمكننا اذن أن نستنتج من ذلك أن العادة الدولية تنتهى بأن تأخذ أشكالا مختلفة على حسب تفسير القضاء فى البلاد المختلفة . فالعادة التى تبدأ باعتبار أنها دولية تنتهى بأن تأخذ شكلا وطنيا لا يمكن للقاضى أن يحيد عنه والا عرض حكمه للنقض [2] . ولا جدال

---

(١) وذلك لأنه نص آمر وربما توهم البعض أن نص المادة ٥٥/٧١ . م . ا . م الذى يقرر خضوع شكل الوصية لقانون جنسية الموصى ، مانع من تطبيق قاعدة Locus التى مبناها العادة . والواقع أن النص المصرى ليس آمرا فى هذه الناحية وعلى ذلك تعتبر الوصية صحيحة شكلا اذا تمت وفقا للشكل المحلى ، كما تعتبر صحيحة أيضا متى تمت وفقا للشكل المعترف به فى قانون الجنسية .

(٢) وهنا يظهر بجلاء الفارق بين العادة فى القانون المدنى وفى القانون الدولى الخاص ، اذ أنه فى الحالة الأولى الحكم محدود معروف مقدما والمحاكم على اتفاق فى شأنه ، أما فى القانون الدولى الخاص فالمحاكم وان كانت متفقة على حكم العادة بصفة عامة فهناك خلافات كثيرة فى النواحى التى أشرنا اليها (راجع Bartin . ١ . ٧٦) وعندنا أن علة هذه الاختلافات =

فى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يغير المشرع من حكم العادة بنص صريح يضعه تحقيقا لهذا الغرض .

وتغير مدى العادة الدولية وشكلها فى مختلف البلاد انتهى ببعض الكتاب وعلى رأسهم Bartin [1] الى أن يهزأ منها باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الدولى الخاص . ولكن من الجهة الأخرى فان هنالك كتابا آخرين أعطوا للعادة أهمية كبرى فى القانون الدولى الخاص ، فمنهم من اعتبرها أساسا fondement للأخذ بقواعده ، أى أن تطبيق القوانين الأجنبية انما يرجع الى العادة ، ومنهم من قال بأن احترام الحقوق المكتسبة تحت سلطان القوانين الأجنبية بمعرفة المحاكم الوطنية انما أساسه العادة . ومقتضى ما تقدم أن المحاكم المصرية مثلا انما تحترم انتقال الملكية الذى تم تحت سلطان قانون أجنبى (الفرنسى مثلا) ، أو الزواج الحاصل بين زوجين ايطاليين بناء على العادة الدولية التى جرت بذلك .

٤٩ — والمصدر الثالث ، هو القضاء : La jurisprudence ، وهناك ارتباط وثيق بين العادة ، دولية كانت أو محلية ، و بين أحكام القضاء ، لأنه اذا احتاج الباحث الى معرفة حكم العادة فى مسألة ما فليس عليه سوى الرجوع الى أحكام القضاء كى يقف على مدى هذه العادة ومرماها وكيفية تفسير المحاكم لها . وعلاوة على ما تقدم فانه يحصل أحيانا أن يجد القاضى نفسه أمام حالات لا تحكمها نصوص تشريعية ولا عادات متبعة ، ومع ذلك لا يمكنه التنحى عن الحكم ،

= ترجع الى ضرورة جعل العادة متناسقة متجانسة مع روح النظام القانونى السائد فى كل دولة فاذا كان هذا النظام ذا نزعة اقليمية فان قاعدة Locus تكون غالبا ملزمة وهكذا . راجع حكم محكمة مصر الابتدائية المختلطة ٢٨ مارس سنة ١٩٢٢ . جازيت ١٣ . ١٢ . ٩٠ .

(١) راجع مؤلفه ، ١ . ٧٧ حيث يعتبر العادة فى المسائل المدنية مصدر قريب source immédiate وفى مسائل القانون الدولى الخاص كمصدر بعيد source lointaine . وراجع أيضا رسالة Gianni المعنونة "La Coutume en droit international" باريس سنة ١٩٣١ .

فيخرج لنا قاعدة قانونية جديدة . هذا وقد عرفنا أن النصوص التشريعية قليلة العدد ، كما أن أحكام العادات لايمكن أن تطبق على كل مايستجد من المسائل ، اذ أن ذلك لايتفق أصلا مع عنصرى العادة ، المادى والأدبى ، لما هو معلوم من أن العادة تحتاج لكى تكون جديرة بهذا الاسم ، الى زمن طويل فماذا يفعل القضاء فى خلاله ؟ لاشك أن ليس أمامه من وسيلة سوى ابتداع القاعدة القانونية الملائمة متأثرا فى ذلك بالنظريات والمبادىء العامة ، وبالرغبة فى تحقيق العدالة على وجهها الكامل وفقا لروح النظام القانونى المكلف بتطبيقه (١) .

وسنرى فى خلال دراستنا لتنازع القوانين أمثلة مختلفة (٢) لعمل القضاء فى هذا الصدد .

وأحكام القضاء التى يرجع اليها عادة هى الأحكام الوطنية أى الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية . وهذا لايمنع مطلقا من جواز الرجوع الى أحكام المحاكم الأجنبية ، وعلى الأخص ، اذا لم تكن الأحكام الوطنية كافية . ويصح أيضا الرجوع الى أحكام المحاكم الدولية التى قد تفصل فى مسائل متعلقة بالقانون الدولى الخاص ، فمحكمة العدل الدولية الدائمة بلاهاى كثيرا ما تعرضت لهذه المسائل ، ومثال ذلك فتواها التى أصدرتها فى الخلاف بين فرنسا وانجلترا بمناسبة دكريتات الجنسية (٣) التى أصدرتها الحكومة الفرنسية فى تونس والتى أثارت الاحتجاج من جانب بريطانيا العظمى . ومع أن النزاع أساسه متعلق بالسيادة ، فان المحكمة قالت فى فتواها بأن مسائل الجنسية وهى

---

(١) راجع حكم مصر الجزئية المختلطة ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٢ — جازيت يناير ١٩٣٤ — ١١١ اذ يرى أن اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يلاحظ فيه التوفيق بين المبادىء العامة فى القانون والعدالة .

(٢) ومنها النظرية المعروفة باسم « المصلحة الوطنية » وكذلك نظرية « الغش نحو القانون » وراجع أيضا Pillet-Niboyet . ٣٩ .

(٣) وسنتعرض لهذه المسألة بايضاح واف فيما بعد . والفتوى avis صادرة بتاريخ ٧ فبراير سنة ١٩٢٣ .

من المسائل الداخلة فى القانون الدولى الخاص ، تعتبر من المسائل الوطنية البحتة التى يتمتع فيها المشرع الوطنى بحرية واسعة domaine reservé . ويصح أيضا الرجوع الى أحكام محاكم التحكيم الدولية كما حصل فى قضية چورج سالم فانه رغم أن النزاع كان متعلقا بمسؤولية الحكومة المصرية عن أحكام المحاكم المختلطة فان الحكم تعرض للبحث فى مسألة متعلقة بتنازع الجنسية [1] . conflit de nationalité .

ومن المشاهد أن هناك تبادلا بين أحكام المحاكم الدولية بأنواعها ، فكل منها يرجع الى الآخر ، فيحصل أن تستشهد المحاكم الوطنية بقضاء المحاكم الدولية أو العكس . وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن القضاء باعتباره مصدرا من مصادر القانون الدولى الخاص له صبغتان ، صبغة وطنية وصبغة دولية .

والواقع أن أحكام المحاكم المصرية فى مسائل القانون الدولى الخاص قليلة العدد ، ولذا لم يفكر فى اظهار مجلة خاصة بنشر هذه الأحكام بل تنشر مع سائر الأحكام الأخرى فى المجلات القضائية العادية . ونجد هذه الأحكام مرتبة بنظام أوفى مجلة Clunet الفرنسية ! ! .

٥ — والمصدر الرابع، هو المعاهدات [2] conventions internationales : والمراد بالمعاهدات اتفاق بين دولتين أو أكثر بقصد انشاء أو تغيير أو انهاء علاقة قانونية بينهما . فيحصل أحيانا أن تتفق دولة مع أخرى على تنظيم حالة رعايا كل منهما فى بلاد الأخرى . ويقصد بهذه المعاهدة تنظيم حالة الأجانب . ولقد تمت معاهدات كثيرة من هذا النوع بين دول أمريكا الأجنبية . وكذلك يحصل أحيانا أن تتفق دولة مع أخرى بشأن جنسية

---

(١) والحكم صادر فى ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ . جازيت . ٢٣ . ١٦ — ٣٤ . انظر مقال Siotto Pintor بمجلة مصر العصرية ٩٣٣ — ٥٤٧ .

(٢) ويذهب بعض الكتاب مثل Bartin الى اعتبار هذا المصدر بمثابة القانون الاتفاقى Le droit conventionnel وذلك بخلاف النصوص التشريعية اذ أنها قانون مكتوب Loi écrite راجع مؤلفه . ١ . ٧٧ .

رعايا احداهما الذين يولدون فى بلد الأخرى وعدم تأثرهم بحق الاقليم فى اكتساب الجنسية وذلك كالمعاهدة الايطالية الفرنسية فى سنة ١٨٩٧ ، اذ بمقتضاها يظل الايطاليون المولودون فى تونس على جنسيتهم الأصلية التى مبناها حق الدم .

والمعاهدات بين الدول قليلة العدد ومع ذلك قد زاد عددها زيادة محسوسة منذ القرن التاسع عشر . ونطاقها ليس مقصورا فقط على المسائل الداخلة فى القانون الدولى العام ، بل يشمل أيضا المسائل الداخلة فى القانون الدولى الخاص . فيحصل أن تتفق دولتان على طريقة تنفيذ أحكام محاكم كل منهما فى بلاد الأخرى ، أو على الاعتراف بالاختصاص العام la compétence générale لمحاكم احداهما دون الأخرى فى مسائل معينة اعتادت محاكم الدولة الأخرى أن تنازعها فيها ، أو على حلول معينة فى مسائل تنازع القوانين . وبهذه المناسبة نلفت النظر الى أن المعاهدات المتعلقة بهذا النوع الأخير (مسائل تنازع القوانين) قليلة جدا . وتفسير ذلك ان مسائل تنازع القوانين متعلقة بالسيادة ويندر أن تفرط الدولة فى سيادتها أو تتساهل فيها ، وعلى ذلك لا تقبل الارتباط بشأن هذه المسائل مقدما [١] .

ومن الجهة الأخرى فانه لا توجد سلطة عليا مختصة بالفصل فى مسائل تنازع القوانين . فكل دولة حرة فى تحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية فى بلادها . ولكن قد يحصل عند وضع هذه القواعد أن تبالغ الدولة فى الأمر فتؤدى المبالغة من الجانبين الى نتائج وخيمة فترى الدولتان أنه من المصلحة الاتفاق على حل وسط ملائم .

كل ذلك لا ينفى الحقيقة الثابتة التى ذكرناها ، وهى أن المعاهدات بشأن تنازع القوانين قليلة جدا . واذا رجعنا الى المعاهدات التى عقدتها مصر فى هذا الصدد وجدنا أن عددها لايتجاوز أصابع اليد ، وأسوق منها على سبيل

---

(١) اذ من المحتمل أن تجد ظروف ، ترى الدولة فيها أن من مصلحتها أن تعدل عن مسلك معين ، فلا يمكنها ذلك الا باجراءات طويلة ، اذا كانت قد تعاهدت من قبل فى هذا الشأن مع دولة أخرى .

المثال معاهدة سنة ١٩٢٨ (١) مع ايران وتنازلت بمقتضاها ايران عن امتيازاتها فى مصر ، كما نظمت مركز الايرانيين و بينت القانون الذى يطبق على أحوالهم الشخصية فى مصر . وكذلك المعاهدة الألمانية المصرية فى سنة ١٩٢٥ بشأن مركز الألمان فى مصر (٢) . ومعاهدة سنة ١٩٢٩ مع فلسطين (٣) بشأن تنفيذ الأحكام فى كل من البلدين . ومن أهم المعاهدات التى عقدتها مصر مع الدول ، معاهدة سنة ١٨٧٥ بشأن الاصلاح القضائى الذى ترتب عليه صدور القانون المختلط ، ووفقا لأحكام هذه المعاهدة خول لكل من الدول الموقعة الحق فى نقضها بشرط اعطاء انذار سابق لمدة سنة .

والمعاهدات نوعان زوجية bilatérale وجمعية multilatérale, collective ومثل المعاهدة الزوجية المعاهدة بين مصر و ايران ، ومن أمثلة المعاهدات الجمعية الاتفاقات المعروفة باسم اتفاقات لاهاى Conventions de La Haye فى نوفمبر سنة ١٨٩٦ بشأن المرافعات المدنية (ويونيه سنة ١٩٠٢ ويوليه سنة ١٩٠٥ بشأن موضوعات الأحوال الشخصية) (٤) .

---

(١) ونظرا لأهميتها نشرناها فى ملحق هذا الكتاب .

(٢) وقد عقدت مصر معاهدة مماثلة مع النمسا فى سنة ١٩٢٩ والظاهر أن مصر تعامل المانيا والنمسا على وتيرة واحدة فلما أباحت تعيين قاضيا المانيا فى المحاكم المختلطة عينت حديثا قاضيا نمسويا وذلك رغم الغاء امتيازات هاتين الدولتين بمعاهدات الصلح الأخيرة ال والمعاهدة الالمانية مكتوبة بالفرنسية تجدها فى مجموعة أصبجى وكولومبانى . ١٨١ .

(٣) تجدها منشورة فى ملحق هذا الكتاب .

(٤) وسنشير للهام من نصوصها عند المناسبة ولم نجد فائدة من نشرها فى ملحق هذا الكتاب لأن أهميتها العملية ضئيلة . ومن أراد الاطلاع عليها برمتها يجدها فى مؤلف المرحوم أبو هيف بك . ٥١٤ وما بعدها . وتعتبر مؤتمرات لاهاى السابقة من أهم المحاولات التى قامت بها الدول فى سبيل توحيد قواعد تنازع القوانين ، ولكنها كانت مع ذلك غير موفقة فى مجموعها . وحصل بعد الحرب أن عقدت عدة مؤتمرات من هذا النوع فى سنة ١٩٢٥ وفى سنة ١٩٢٨ للبحث فى مسائل الافلاس وأثره فى سائر الدول ، وكذلك فى مسائل المواريث . ولم يحصل الاتفاق على نصوص يعمل بها فى الدول التى اشتركت فيها (راجع تعليق Julliot De La Morandière =

٥١ — ويرجع السبب فى ظهور هذه الاتفاقات السابقة الى رغبة الدول فى توحيد قواعد تنازع القوانين فى تشريعاتها المختلفة بحيث يمكن تلافى النتائج السيئة التى تنجم من وجود هذا الاختلاف ، فتحقق بذلك العدالة على وجه أكمل سواء فى العلائق العائلية أو العلائق المالية . ولقد أحاطت الصعوبات بمؤتمرات لاهاى السابقة ، ولكن تمكن مندوبو الدول رغم ذلك من وضع النصوص التى ظهرت فى الاتفاقات السالفة الذكر . وعرفنا فيما مضى أن الاتفاقات بين الدول انما تقوم على التسامح والتساهل المتبادل ، ولما كانت اتفاقات لاهاى متعلقة بمسائل تنازع القوانين أى بمسائل متصلة بالسيادة ، والتسامح والتساهل فى مسائل السيادة أمر متعذر ، لذلك لم تلق هذه الاتفاقات نجاحا عند تنفيذها بل منها ما لم ير التنفيذ أصلا ، فنقضتها الدول مباشرة ، وكانت فرنسا من أسرعهن الى ذلك . ولم يبق نافذا منها الى الآن سوى الاتفاق الخاص بالمرافعات . لأن مسائل المرافعات هى مسائل اجراءات يندر أن يحصل الاختلاف بشأنها ، فلا محل هنا للأهواء والعواطف الوطنية التى تحاول المحاكم سترها عادة تحت ستار التفسير .

٥٢ — على أن وجود هذه الاتفاقات لايخلو من الأهمية رغم ما تقدم ، لأنها تعتبر خطوة محسوسة فى سبيل تجميع codification قواعد القانون الدولى الخاص . وقد عرفنا أن النصوص التشريعية قليلة فى هذا الصدد . وهذا التجميع كما هو ظاهر يمتاز بأنه تجميع عالمى مشترك بين جميع الدول المتمدينة الموقعة على هذه الاتفاقات ، ولكنه مازال حتى الآن حبرا على ورق ومستندا علميا أمام المحاكم لا أكثر (١) .

= الأستاذ بجامعة باريس . فى Clunet . ١٩٢٨ . ٢٨١ .

ويظهر أن التوحيد من طريق الاتفاقات الجمعية غير عملى ولذلك فان الغلبة الآن للاتفاقات الثنائية لأنها تتم تحت تأثيرات حاجات ملحة .

(١) والوصول الى توحيد القانون الدولى الخاص ميؤوس منه منذ زمن بعيد . راجع مقال Harrison . ٥٤٧ و Lainé . ١ . ٢٢ . وانظر فى هذا الصدد M. Strazoncky اليوجوسلافى فى مجلة أكاديمية لاهاى عدد ٤٤ . ٤٤٣ — ٥٦١ .

٥٣ — على أنه من الجهة الأخرى ، قد نجحت أغلبية دول أمريكا الجنوبية فى وضع مجموعة مشتركة بينها فى مسائل القانون الدولى الخاص ، وتسمى Code Bustamante نسبة الى واضعها . وتقع هذه المجموعة فى ٤٣٧ مادة . وهى وثيقة هامة فى دراسة القانون الدولى الخاص بالنسبة للدول الأخرى [١] .

ولقد أثارت هذه الاتفاقات همة عصبة الأمم فعملت على عقد مؤتمر خاص بمعاملة الأجانب بباريس سنة ١٩٢٩ وآخر بلاهاى فى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ . وقد تعرض لبعض مسائل متعلقة بتنازع القوانين فى مسائل الجنسية ، وانتهى هذا المؤتمر الى اتفاق ١٢ ابريل سنة ١٩٣٠ الذى سأعود اليه عند شرح قانون الجنسية المصرى [٢] .

٥٤ — وخلاصة ما تقدم أن للمعاهدات زوجية كانت أو جمعية أهمية كبرى فى توحيد قواعد القانون الدولى الخاص ، وأن دور المعاهدات الجمعية من

---

(١) ونظرا لما لها من أهمية علمية وعملية بدأ الأستاذ Lévy-Ullmann فى شرح هذه النصوص شرحا موسعا فى دروسه فى الدكتوراه بكلية حقوق باريس ابتداء من سنة ١٩٣٣ — ١٩٣٤ فى مذكراته المطبوعة .

وقد عقد المؤتمر فى مدينة هافانا ، ومثلث فيه ٢١ دولة من الدول الأمريكية ، وصدقت ست عشرة دولة منها على الاتفاقية وامتنعت خمس ، منها الولايات المتحدة الأمريكية .

أما موضوع الاتفاق فشامل لتنازع القوانين فى المسائل المدنية والتجارية ، وكذلك فى مسائل العقوبات .

ونجد النصوص منشورة فى مجموعة نصوص القانون الدولى لواضعها Niboyet و Goulé . الجزء الثانى سنة ١٩٢٩ . ٥٠٨ .

كما يحسن الرجوع أيضا الى موسوعات Répertoire القانون الدولى الجزء الثالث تحت كلمة Codification . حيث ترى مقالا فى هذا الصدد للأستاذ De Lapradelle الأستاذ بجامعة باريس (وكان محامى الحكومة المصرية فى قضية جورج سالم) . وفى الجزء الرابع من الموسوعة نفسها نجد مقالا قيما لواضع المجموعة نفسه Bustamante . ١٠٧ وما بعدها .

ولم ينجح هذا المؤتمر من أول مرة اذ سبقته مؤتمرات كثيرة . راجع دروس Lévy-Ullmann السابقة . ٥ وما بعدها .

(٢) وقد مثلت مصر فى هذين المؤتمرين .

هذه الوجهة أقل شـأنا من دور المعاهدات الزوجية مع أنه كان من المنطق أن يكون الأمر على عكس ذلك لأن الاتفاقات الجمعيـة ، فى مجال توحيـد القانون الدولى الخاص ، نظرا لعموميتها بين الدول ، أولى بتحقيق هذا الغرض . ولكن رأينا أنها قصيرة الأجل جدا .

٥٥ — وما دمنا فى معرض الـكلام عن توحيد قواعد القـانون الدولى الخاص فانا سنبين الوسائل الفنية المتبعة لتوحيد الحلول فى العلائق القانونية الأجنبية التى يحصل بشأنها تنازع قوانين . والواقع أن هنالك وسيلتين تظهران من ثنايا هذه الاتفاقات . أما الوسيلة الأولى ، فمدارها أن يحصل الاتفاق بين الدول الموقعة على قاعدة تنازع القوانين الواجبة التطبيق على تنازع معين فيتفق مثلا ان مسائل الأهليـة تخضع لقـانون موطن الشخص دون قانون جنسيته ، فـكلما عرض نزاع أمام أية محـكمة من محـاكم الدول الموقعة على الاتفاق فهى ملزمة بتطبيق قاعدة تنازع القوانين السالفة règle de conflit[1] . أما الوسيلة الثانية ، فـمدارها الاتفاق على قاعـدة لحـكم الموضوع مباشرة règle de fond لا الاتفاق فقط على مسألة أوليـة هى مسألة تنـازع القوانين . وهـذه الطريقـة حاسمة أكثر فى التوحيـد لأن الحل النهائى موحد uniforme فى كل الدول الموقعة ، بخلاف الوسـيلة الأولى ، فان الحل الموضوعى قد يتغير رغم الاتفاق على قاعـدة تنازع القوانين . واتبـاع الوسـيلة الثانيـة معناه فى الواقع وضع تشريع دولى législation internationale بالنسبة لجميع الدول . هـذا ولقد

---

(١) وذلك لأن التشريعات تختلف فى هذا الصدد اذ منهـا ما يخضع الأحوال الشخصية والعلائق العائلية لحـكم قانون الجنسية ، ومنها ما يخضعه لحـكم قانون الموطن . فتتفق الدولتان على أنه بالنسبة لرعايا كل منهما يطبق قانون الجنسية أو الموطن على حسب الأحوال . ومثل هذا الاتفاق يقصد به فض التنازع الحاصل بين قاعدتى تنازع القوانين فى الدولتين أو كما يقول الأستاذ Asser ، conflit entre règles de conflit ، اذ أنه لم يحصل التعرض أصلا للنصوص التى تفصل فى الموضوع كما يرى فى الوسيلة الثانية ، بل اكتفى فقط بالتعرض للاختصاص التشريعى .

لاحظ الأستاذ Bartin [١] أن الاتفاقات الدولية تخلط بين الطريقتين . ومن أمثلة الاتفاقات التى اتبعت الوسيلة الأولى اتفاقات لاهاى ، ومن أمثلة الاتفاقات التى اتبعت الوسيلة الثانية اتفاقات مؤتمر بروكسل البحرى ، وكذلك اتفاقات مؤتمر جنيف بشأن الأوراق التجارية على اختلاف أنواعها [٢] .

٥٦ — وبجانب الاتفاقات الدولية السابقة يوجد ما يسمى بالاتحادات Unions . فيحصل أحيانا أن يجتمع مندوبو الدول فى بلد ما لبحث موضوع بالذات كحماية حقوق المؤلفين من كتاب روائيين وفنانين فى أنحاء العالم المتمدين فلا تقتصر هذه الحماية على بلادهم فقط ، وينتهى الأمر عادة بوضع اتفاق يطلق عليه « اتحاد » مثل اتحاد برن سنة ١٨٨٦ الخاص بحماية ثمرات قرائح هؤلاء الأفراد . وقد عقد مؤتمر لهذا الغرض فى مصر سنة ١٩٢٨ ولكنه لم يوفق الى وضع نصوص نهائية ، واكتفت الحكومة المصرية بعرض مشروع قانون لحماية حقوق المؤلفين بما يتناسب مع روح العصر الحاضر وحالة البلاد . ولم ير المشروع التنفيذ حتى اليوم . وهناك اتحادات أخرى لحماية الملكية الصناعية على نمط الاتحاد السابق . ولا شك فى صعوبة التمييز بين

---

(١) راجع مؤلفه . ١ . ٨٧ .

(٢) ويعتبر الاتفاق فى هذه الحالة ملغيا أو معدلا لأحكام التشريعات الداخلية للدول الموقعة عليه . ويرى أهل الفقه أن محاكم الدول الثالثة غير الموقعة يلزمها تطبيق أحكام الاتفاق بالنسبة لرعايا الدول الموقعة .

راجع Bartin . ٨٦ . ولا شك فى أن اتباع هذه الوسيلة الثانية أمر نادر ، ومجاله المعتاد المسائل المتعلقة بالمعاملات business و affaires (راجع مقال Arminjon بشأن اتفاق جنيف الخاص بتنازع القوانين فى مسائل الكمبيالات والسندات تحت الاذن . Clunet . ١٩٣٥ . ٥٢١ — ٥٤١) لا العلائق العائلية المجال المعتاد لتنازع القوانين . وتحصل الاتفاقات بشأن هذه الأخيرة غالبا فى شكل اتفاقات قنصلية يقصد بها اعطاء القنصل سلطة ادارة وتصفية تركات المتوطنين من رعاياه فى دائرة اختصاصه . راجع Makarov . ٥١ و Bartin . ١ . ٨٩ .

الاتفاقات الجمعية والاتحادات تمييزا قانونيا دقيقا [١] ، ويظهر أن للعرف الدولى دخلا كبيرا فى هذا الصدد .

٥٧ — فاذا عقدت الدولة اتفاقا بشأن مسائل تنازع القوانين فان محاكمها مضطرة الى تطبيقه ، لأن المعاهدات انما هى جزء من القوانين الداخلية [٢] ، ما دامت قد استوفت كل الشروط والاجراءات المتعلقة بنفاذها ، سواء كانت هذه الشروط واردة فى القانون الدولى العام أو فى دستور الدولة . وقد يستلزم هذا الأخير فى بعض الأحيان صدور قانون خاص بذلك ، حتى تصبح المعاهدة ملزمة للأفراد علاوة على الزامها للدولة [٣] . فاذا أخطأ القاضى فى تطبيق نصوص معاهدة نافذة فى بلاده فان حكمه يكون قابلا للنقض ، وذلك وفقا للمذهب الراجح وسأعود الى هذه النقطة بايضاح أكثر فى مناسبة مقبلة .

٥٨ — ولكن يحدث أحيانا أن تكون نصوص المعاهدة غامضة محتاجة الى التفسير فهل يحق للمحاكم الوطنية أن تفسرها ؟ لاشك فى أنه اذا رفع النزاع الى محكمة دولية فانها تملك هذا الحق . فاذا رفع الى محكمة وطنية فان كان نص المعاهدة المراد تطبيقه واضحا فان واجب القاضى لا يتعدى حد التطبيق application . فاذا شاب النص غموض أو تناقض فان المسألة كانت مثارا للخلافات

---

(١) وعلى أى الأحوال فان « الاتحادات » يقصد بها ضم أكبر عدد ممكن من الدول ولذلك ينصون فيها دائما على امكان الدخول فيها بشرط اتباع اجراءات خاصة . وهناك من المواد ما يصلح الاتفاق بشأنه بطريقة ثنائية ، وهناك مواد أخرى يمكن الاتفاق فيها بطريقة جمعية على حسب ما قدمنا .

(٢) وفى الواقع هناك فوارق كثيرة بين القانون والمعاهدة من حيث كيفية تمام كل منهما اذ دور السلطة التشريعية ظاهر فى الحالة الأولى بينما دورها فى الحالة الثانية ضئيل . ومن جهة أخرى فان المفروض فى القانون الاستمرار ، وذلك على خلاف المعاهدة فمن طبيعتها التوقيت . كما أن تعديل القانون أمره هين بخلاف الحال فى المعاهدة .

(٣) راجع Rurville ، ٥٩ وأحكام المحاكم فى الدول المختلفة التى تؤيد هذا المذهب ، وقد أشار اليها فى هامش ٤ و Bartin ، ١ ، ٩٧ .

عدة ، وتنوعت بشـأنها الآراء [١] ، فغيرت محـكمة النقض الفرنسية مذهبها مرارا فى هذا الصدد ويمـكن تلخيص مختلف الآراء فيما يأتى : قال رأى بضرورة التفرقـة بين تطبيق المعـاهدة وتفسـيرها interprétation فالتطبيق مرجعه المحاكم ، أما التفسير فرجعه الحـكومات الموقعة على المعاهدة . ففى كل مرة يرى القاضى أن النص غامض ، فعليه أن يتوقف عن الحكم ويطلب من حكومته أن تعطيه التفسير الصحيح ، ولاشك فى أن حكومته لايمـكنها أن تقوم بذلك على وجه مرض قبل أن تقف ، فى بعض الأحيان على الأقل ، على وجهات نظر الحـكومات الأخرى الموقعة على نفس المعاهدة . ولقد أثارت التفرقة السابقة انتقادات عدة لما يترتب على الأخذ بها من تأجيل النظر فى المنازعات آجالا طويلة تضر بأصحاب المصلحة ، لذلك اضطر أنصار هذا الرأى الى الاتيان بقيد جديد ، يتلخص فى أن التفرقة السابقة لا تـكون واجبة الاتباع الا فى الأحوال التى تـكون فيها المعاهدة متعلقة بالقانون العام كالمعاهدات السياسية مثلا Conventions diplomatiques ، أما اذا كانت المعاهدة متعلقة بالقانون الخاص فلا يؤخذ بها أى أنه يسوغ للقاضى تطبيق المعاهدة وتفسيرها مباشرة و بغير انتظار [٢] . ولـكن هذا القيد الجديد محل للنقد بدوره ، اذ قد تـكون المعاهدة فى بعض الأحيان مزدوجة الطبيعة ، أى متعلقـة بالقانون العام والقانون الخاص فى وقت واحد . ويقول الأستاذ Bartin [٣] فى هذا الصدد أن اتباع مثل هذا التقسيم بدقة أمر متعذر لأنه فى كل مرة يعرض أمر المعاهدة على القضاء فالمفـروض ابتداء أن النزاع متعلق بالقانون الخاص ، وعلى أى الأحوال فانه يجب أولا الاتفاق على طبيعـة

---

(١) ويظهر أن سبب الخلاف راجع الى وجوب التفرقة بين القانون والمعاهدة ، اذ القانون أمر يصدره المشرع وحده ، بخلاف المعاهدة فانها على الأقل ثنائية ، والمطلوب هنا تفسيرها وفقا للأصول التى يفسر بها القانون !! واعتمد أصحاب نظرية الايقاف على مبدأ الفصل بين السلطات.

(٢) نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٨٣٩ — سيرى . ١٨٣٩ . ١ . ٥٥ .

(٣) راجع مؤلفه . ١ . ١٠٤ .

النصوص قبل تطبيقها وتفسيرها . وضرب الأستاذ مثلا بمعاهدة فرساى سنة ١٩١٩ التى حوت خليطا من كل شىء . ازاء هـذه الانتقادات تركت محكمة النقض (١) تقسيم المعاهدات الى معاهدات متعلقة بالقانون العام ومعاهدات متعلقة بالقانون الخاص ، وأحلت محله نفس التقسيم ولكن بالنسبة للمنازعات . فقررت أن المنازعات اما أن تكون متعلقة بمصالح عامة intérêts publics أى بالقانون العام أو بمصالح خاصة intérêts privés أى بالقانون الخاص . ففى الحالة الأولى لا يسوغ للقاضى الوطنى تفسير المعاهـدة وانما له تطبيقها فقط . وأما فى الحالة الثانيـة فله التطبيق والتفسير سواء كان النص جليا أو غامضا (٢) . ولقد انتقد الأستاذ Bartin (٣) أيضا هذه التفرقة ، قائلا انه يصعب اتباعها بدقة لأنهـا لا تقوم على أساس من الواقع ، وضرب مثلا ، تأييدا لنقده السالف ، بمصادرة سيارة مملوكة لقنصل أجنبى . فهنا النزاع متعلق بمصلحة خاصة لأن الحاصل اعتداء على الملكية الفردية ، ولكنه قد يتعلق بمصلحة عامة أيضا اذا وجد هناك اتفاق قنصلى بين الدولتين فى هـذا الصدد . ويقرر الأستاذ فى النهاية بأن للقاضى الحق فى تطبيق وتفسير المعاهدات بدون أى تمييز ، وهذا الرأى معقول .

---

(١) نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ Clunet . ١٩٢٣ . ٦٣ . وكذلك نقض ٩ فبراير ١٩٢٥ . سيرى ١٩٢٥ . ١ . ٣٣ . وتعليق الأستاذ Niboyet على الحكم السالف فى Clunet ١٩٢٥ . ٢٨٢ والمجلة Revue ١٩٢٦ . ٦٧٥ . فاذا قدم الى المحكمة تفسير نص من نصوص المعاهدة ، وكان هذا التفسير صادرا من وزارة الخارجية فانه يسوغ للمحكمة أن تهمل هـذا التفسير وتقول بتفسير جديد ، اذ التفسير القضائى أقوى من التفسير الادارى . راجع حكم ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ . دالوز الأسبوعى . ١٩٣٢ . ١٢ . والمجلة ١٩٣٢ . ٨٣ . انظر عكس ذلك حكم محكمة الاستئناف المختلطة ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٧ . ١١ . وعلى أى الأحوال فان التفسير القضائى ملزم فقط بالنسبة للدعوى المعروضة دون غيرها . راجع Valéry . ٦٢٠ .

(٢) ومقتضى التطور فى الرأى الابتعاد عن بحث طبيعة المعاهدة ذاتها الى بحث طبيعة النزاع نفسـه .

(٣) راجع مؤلفه . ١ . ١٠٢ — ١٠٣ .

٥٩ — هذا وقد جرت المحاكم المختلطة [(١)] فى مصر على اعطاء نفسها مطاق الحرية فى تطبيق وتفسير المعاهدات التى وقعتها مصر، وحتى التى لم توقعها فى بعض الأحيان . فطبقت وفسرت معاهدتى فرساى ولوزان، واستندت على أن مصر وان لم توقعهما فان الأولى نافذة عليها لأنها كانت تحت حماية بريطانيا العظمى وقت عقدها ، أى أن هذه المعاهدة تنفذ فى مصر باعتبارها جزءا من الأمبراطورية البريطانية . أما الأخذ بالثانية فأساسه الرضى الضمنى بها من جانب مصر، اذ أنها قد عقدت اتفاقات مع فرنسا بشأن رعايا سوريا ولبنان [(٢)] تدل على هذا الرضا دلالة واضحة .

٦٠ — فاذا سلمنا بأن للمحاكم الوطنية الحق فى تفسير المعاهدات لزمنا أن نعرف طرق التفسير الواجبة الاتباع . ومن المعلوم أن الاتفاقات الخاصة تفسر وفقا لنية الطرفين فيها، فاذا اتبعنا نفس الطريقة بالنسبة للمعاهدات [(٣)] ، فان الأمر لا يخلو من الصعوبات ، اذ كيف يمكننا الوصول الى معرفة نية الطرفين فى المعاهدة ، خصوصا أن هذه النية هى فى الواقع نية المفاوضين المتعددين !

والواقع أن المحاكم فى البلاد المختلفة قد جرت على تفسير المعاهدات بنفس الطرق التى تفسر بها القوانين الداخلية ، لأن المعاهدات معتبرة جزء منها ، فلا بد أن تفسر بنفس الطرق حتى تتجانس مع القوانين

---

(١) راجع مجموعة بسطوروس ١٠ . ٢٢ . وحكم محكمة مصر المختلطة التجارية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ . ٢٠٤ . وكذلك حكم محكمة المنصورة ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٧ . جازيت ١٨ . ١٣ . ١١ .

(٢) راجع مجموعة اصبجى وكولومبانى وهى مطبوعة باللغة الفرنسية . أغسطس سنة ١٩٢٦ . ١١٥ .

(٣) تراجع المواد ١٣٨/١٩٩ . م . ١ . م . وما بعدها .

الداخلية [١] . ولا شك أن النسج على هذا المنوال من شأنه أن يعطى للمعاهدة صبغة وطنية داخلية تختلف فى كل بلد على الأقل اختلافا طفيفا عنها فى البلاد الأخرى .

ويتبين مما تقدم أن هذا المصدر (المعاهدات) وان كان يبدأ باعتباره دوليا ، فانه ينتهى بصيرورته وطنيا . ويمكن أن نتصور مقدار تعقد الأمور اذا ما عرض النزاع أمام محكمة دولة ثالثة غير موقعة على المعاهدة ، وعليها يقع عبء تفسيرها [٢] .

٦١ — ونبحث الآن صعوبة جديدة تثيرها المعاهدات عند تطبيقها فى المحاكم . فانه يحدث أحيانا أن تتناقض نصوص معاهدة ما مع نصوص القانون الداخلى فماذا يكون الحكم فى هذه الحالة ؟ من المقرر أنه يجب التمييز بين فرضين: الأول . أن يكون التناقض حاصلا مع قانون سابق للمعاهدة والثانى . أن يكون التناقض حاصلا مع قانون لاحق أصدره المشرع الوطنى بعد نفاذ المعاهدة . وسنبحث هذين الفرضين على التعاقب .

أما بالنسبة للفرض الأول فانه من المتفق عليه أن نصوص المعاهدة هى الواجبة التطبيق لأن نصوص القانون تعتبر كأنها ملغاة على الأقل بصفة ضمنية — ان لم يأت النص على ذلك صراحة — بنصوص المعاهدة . وقال بعض الكتاب بهذه المناسبة أنه يلزم العمل بالمعاهدة لأن لها قوة أكبر من قوة القوانين الداخلية. ولقد عرضت هذه المشكلة فعلا أمام القضاء البلچيكى فى قضية هامة ، تتلخص ظروفها ، فى أن الملك ليوبولد الثانى كان قد عقد زواجه بموجب معاهدة سياسية

---

(١) وعلى ذلك تعتبر المعاهدات مكملة بالقوانين الداخلية والعكس صحيح . راجع Bartin . ١ . ١٠٦ — ١٠٧ والأحكام التى أشار اليها . وراجع أيضا Valéry . ٦١٨ .

(٢) راجع رسالة Maurice Capitant وعنوانها :
«Les traités de droit privé dans leur application aux nationaux des tiers Etats».
وهى تبحث فى ناحية أخرى من نواحى الموضوع كما يظهر جليا من عنوانها .

وفقا للعرف الدولى المتبع . ولكن حدث عند وفاته أن وجد من طعن فى صحة هذا الزواج ، بدعوى مخالفته لنصوص القانون البلچيكى ، التى تقضى بأن يتم الزواج أما موثق notaire . فرفضت المحاكم البلچيكية هذه الدعوى وقررت أن النص البلچيكى الداخلى يعتبر معطلا من هذه الوجهة بالمعاهدة السابقة الذكر [1]. وقد قالت المحاكم الفرنسية بهذا الرأى أيضا وكان ذلك بمناسبة معاهدة عقدتها فرنسا مع اسپانيا سنة ١٨٦٢ أبيح بمقتضاها للرعايا الاسپانيين أن يرفعوا دعاويهم فى فرنسا بغير حاجة الى ايداع الكفالة المعروفة باسم Cautio judicatum solvi والتى يقصد بها حماية الرعايا الفرنسيين ضد الدعاى الكيدية التى يرفعها عليهم بعض الأجانب . وقد أتى النص بشأنها فى مجموعة المرافعات الفرنسية . فقالت المحاكم الفرنسية بتطبيق نصوص هذه المعاهدات ، واهمال النص الداخلى. وسارت المحاكم على هذا الرأى باطراد ، وأخذت به أخيرا عند تطبيقها لمعاهدة فرساى .

وبهذه المناسبة نذكر أن الجمهورية التركية أجرت منذ أكثر من عامين مفاوضات

---

(١) ومن الأمثلة الهامة فى القضاء البلجيكى فى هذا الصدد . أنه جاء فى اتفاقات لاهاى سنة ١٩٠٢ . أن الأهليــة فى عقد الزواج تخضع لقانون جنسية الزوجين المستقبلين . ووفقا للقانون الألمانى (المادة ١٣١٥) لايجوز للهارب من الخدمة العسكرية ولا للموظف فى خدمة الحكومة الألمانية أن يعقد زواجا بدون ترخيص . حصل أن أراد أحد الهاربين عقد زواجــه فى بروكسل ، فرفض الموثق البلجيكى القيام بهذه المهمة مع أنه وفقا للقضاء البلجيكى تكيف مسألة الاذن هذه باعتبارها مسألة ادارية لا دخل لها فى الأهلية ، وان كان النص بشأن الاذن قد ورد فى المجموعة المدنية الألمانية . ازاء هذا الرفض رفع الهارب دعوى على الحكومة البلجيكية يطالبها بالتعويضات . فرفضت المحاكم البلجيكية طلبه ابتدائيا واستئنافيا . ومما اعتمدت عليه فى هذا الصدد أن بلجيكا والمانيا من ضمن الدول التى وقعت على اتفاقية لاهاى السالفة الذكر وان نص الاتفاق يجب أن يفسر بطريقة متجانسة مع التشريع الداخلى البلجيكى ، أى أن التشريع الداخلى ينطبق فقط بالنسبة لرعايا الدول الأخرى غير الموقعة على اتفاقية لاهاى . راجع الحكم الابتدائى الصادر من محكمة بروكسل فى ٢١ يونيه سنة ١٩١٣ Clunet ١٩١٤ . ١٧٢ وتأيد استئنافيا بحكم صادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ . وانظر أيضا Pillet-Niboyet . ٥٢٢ . وقد كان هذا القضاء سببا فى أن الحكومة البلجيكية أعلنت خروجها dénoncer من الاتفاقية المذكورة .

مع الحكومة المصرية بقصد عقد معاهدة تضع أحكاما جديدة بشأن جنسية الرعايا العثمانيين الذين يقطنون مصر قبل صدور قانون الجنسية المصرية فى سنة ١٩٢٩ ، ذلك القانون الذى فصل فى مسألة جنسيتهم الجديدة فاعتبر جانبا منهم مصريين بقوة القانون ، وأباح لبعضهم حق اكتساب الجنسية المصرية بمجرد طلبهم . ويظهر أن هذه النصوص لم ترض الجمهورية التركية كل الرضا ، لذلك تسعى الآن فى تعديلها من طريق عقد معاهدة (١) . فاذا فرض أن تمت المعاهدة فانها تكون واجبة التطبيق فى مصر بدون حاجة الى تعديل نصوص قانون الجنسية المصرى .

كذلك عقدت مصر معاهدة مع دولة ايران فى غضون سنة ١٩٢٨ وبمقتضى هذه المعاهدة يعامل الرعايا الايرانيون فى مصر معاملة المصريين ، بمعنى أن المسلم منهم يخضع فى أحواله الشخصية لاختصاص المحاكم الشرعية على أن تطبق هذه المحكمة الشريعة الاسلامية وفقا لما هو جار فى ايران (أى تأخذ بمذهب الشيعة) . ومن المعلوم أنه وفقا لهذا المذهب يعتبر زواج المتعة مشروعا . بخلاف الحال فى المذهب الحنفى المعترف به فى مصر . ولقد علمنا أن زواجا من هذا النوع عرض أمر صحته أمام القضاء الشرعى فى مصر ، ولكن رفضت المحكمة اعتباره صحيحا وأبت أن تأخذ بحكم مذهب الشيعة فى هذا الصدد (٢) . فهل يمكن أن نعتبر أن المحكمة فى هذه الحالة قد خالفت أحكام المعاهدة ، وتكون بذلك قد غلبت التشريع الداخلى عليها وذلك على خلاف الرأى المعول عليه فى أوروبا؟ من الممكن القول بأن حكم مذهب الشيعة فى الموضوع السالف الذكر مخالف للنظام العام فى مصر ، ومن ثم من الجائز استبعاده على هذا الأساس ، وفى هذه الحالة

---

(١) وقد طالت المفاوضات بشأن هذه المعاهدة عدة سنوات ويظهر أنه لا بد من الانتظار طويلا .

(٢) وأثار هذا المسلك الاحتجاج من جانب السفارة الايرانية ، وقد طالبت ببعض ضمانات لتنفيذ أحكام المعاهدة. ولكنها لم توفق فى ذلك . ولعله من المفيد هنا الاشارة الى أن القضاة الايرانيين مجتهدون لا مقلدون كما هى الحال عندنا .

لا تعتبر المحكمة أنها قد غلبت القانون الداخلى على المعاهدة وانما فسرت المعاهدة على وجه متجانس مع أحكام التشريع الوطنى .

٦٢ — أما بالنسبة للفرض الثانى ، وهو حالة صدور قانون لاحق متناقض مع المعاهدة ، فالتناقض قد يكون صريحا — وهو أمر نادر الوقوع — أو ضمنيا ، وهذا ما يتحقق عملا فى بعض الأحيان . ومن المقرر فى هذه الأحوال أيضا أن نصوص المعاهدة هى الواجبة التطبيق ، اذ الدولة لا يمكنها أن تنهى التزاماتها الدولية بعمل فردى من جانبها ، بل يجب عليها اتباع الطرق المقررة فى القانون الدولى العام [١] . وتجرى المحاكم الوطنية على التوفيق بين النصوص الداخلية والمعاهدات ، وتطبق هذه النصوص كما لو كان التناقض غير مقصود من جانب المشرع . وهذا ما فعلته المحاكم الفرنسية عند ما صدرت دكريتات الجنسية فى تونس حاوية لبعض نصوص عامة ، تفرض الجنسية الفرنسية على كل من يولد فى الأراضى التونسية ، حتى لو كان أبوه أجنبيا . وتبنى هذه النصوص الجنسية على ما يسمى « بحق الأقليم » jus soli . والأخذ بها على ظاهرها يؤدى الى التناقض مع نصوص المعاهدة الايطالية الفرنسية التى تمت فى سنة ١٨٩٧ ، والتى بمقتضاها يحتفظ الايطاليون المولودون فى تونس بجنسيتهم بناء على حق الدم jus sanguinis . لذلك رأت المحاكم الفرنسية أن تطبق النصوص الداخلية فى

---

(١) راجع Pillet-Niboyet . ٤٧ وما بعدها وعلى الأخص المراجع الكثيرة التى أشار اليها ومنها حكمين لمحكمة السين ، الأول صادر فى أكتوبر سنة ١٩٢٦ والثانى فى ٢٢ نوفبر من السنة نفسها ومنشورين فى مجلة القانون الدولى الخاص ١٩٢٧ . ٤٤ ، ٥٠ . وقد أخذ هذان الحكمان بالرأى العكسى أى بتطبيق القانون الداخلى دون المعاهدة اذا كان ملغيا صراحة للمعاهدة اذ القاضى الوطنى يأتمر بأمر المشرع الوطنى ، والمعاهدة جزء من القانون الداخلى قد ألغاه قانون جديد صراحة وقد انتقدهما الأستاذ Niboyot واعتبرهما ضعيفى الدلالة على رأى القضاء الفرنسى ، لكونهما صادرين من محكمة ابتدائية . وزيادة على ذلك فقد أشار الى أحكام عكسية من محكمة السين ، أحدها صادر فى ٢٨ يونية سنة ١٩٢٦ . جازيت دى باليه ١٩٢٦ . ٢ . ٧٠٤ . ومع ذلك فقد اعتبر الأستاذ رياض الحكمين السالفين كافيين فى التعبير عن الرأى العملى بالمضادة للرأى العكسى الذى يعتبره رأيا نظريا . راجع مؤلفه . ١ . ٣٣ .

خارج حدود هذه المعاهدة ، وبذلك وقفت بين كل تعارض [(١)] . ولقد قال المقرر فى مجلس النواب الفرنسى عند عرضه مشروع هذه الدكريتات بأنه لا داعى لاحتوائها على نص خاص يفيد استثناء الرعايا الايطاليين لأن وجود المعاهدة وحدها كاف .

ويتبين مما تقدم أن للمعاهدة فى الواقع قوة أكبر من قوة القانون اذ رأينا أنها تتمتع بمركز ممتاز [(٢)] .

٦٣ — المصدر الخامس هو الفقه La doctrine : ويسمى هذا المصدر بالمصدر التعليمى source didactique لأنه يحوى القواعد والحلول التى يمكن للباحث أن يجدها فى مؤلفات رجال الفقه على اختلاف جنسياتهم وفى مقالاتهم المنشورة فى المجلات المختلفة . وقد ازدادت المؤلفات فى القانون الدولى الخاص زيادة كبيرة فى السنين الأخيرة ، ولكن مع ذلك ما زال المجال متسعا ، فهناك موضوعات كثيرة لم تبحث بحثا علميا كافيا ، وهناك موضوعات لم تبحث أصلا [(٣)] . وكثيرا ما استفادت المحاكم فى مصر من هذا المصدر .

ويختلف الدور الذى يلعبه رجال الفقه باختلاف الدول . ففى انجلترا مثلا تكاد تكون مهمة رجال الفقه استنباط المبادىء والقواعد من بين ثنايا الأحكام وذلك من طريق تحليلها ثم انتقادها ، ولكنهم فى فرنسا لم يقفوا عند هذا الحد بل ذهبوا الى ابتداع النظريات والحلول مقدما كى يهتدى بها القضاء . ولقد استفاد القضاء فى انجلترا نفسها من ثمرات قرائح الكتاب الفرنسيين .

ومن مظاهر مجهودات رجال فقه القانون الدولى الخاص تلك المعاهد العلمية التى أنشئت فى مختلف البلدان . وأول معهد كان فى مدينة Gand البلچيكية

---

(١) قارن بند ٦١ . هامش ١ . حيث يتبين ذلك المركز الممتاز .

(٢) انظر فى الموضوع رسالة Wenkler ستراسبورج سنة ١٩٢٦ .

(٣) وهذا طبيعى لأن مادة القانون الدولى الخاص حديثة العهد ، هذا علاوة على الصعوبات الكثيرة التى يلاقيها الباحث منها .

فى سنة ١٨٧٣ وتبعه انشاء جمعيات Associations دولية فى البلاد المتمدينة [١] . وتقوم هذه المعاهد بنشر أبحاث فى مجلدات سنوية Annuaire أو شهرية على حسب الأحوال . ولا شك أن المشتغلين بالقانون يجدون فيها سندا كبيرا .

٦٤ — واذا تأملنا فى هـــذه المصادر الخمسة وجدنا انه من الصعب تقسيمها تقسيما علميا بالمعنى الفنى ، أى تقسيما مانعا من اندراج بعضها تحت بعض . فالمصادر الأربعة الأخيرة مزدوجة الصبغة فهى وطنية ودولية فى وقت واحد على حسب التفصيلات التى ذكرناها . لذلك كان من الصعب الأخذ بالتقسيم الذى يقول بأن المصــادر وطنية بحتــة ، ودوليــة بحتــة ، وقال به Pillet [٢] . وارتأى الأســتاذ Lévy-Ullmann [٣] ، متابعا فى ذلك ما قال به الأســتاذ Bartin [٤] من قبل ، أن يكتفى بتقسيم مادى مقتضاه تقسيم المصادر الى قريبة immédiates و بعيدة lointaines فالمصادر القريبة هى القانون والقضاء الداخلى وأقوال الفقهاء الوطنيين ، أما البعيدة فهى العادات الدوليــة والقضــاء الدولى والاتفاقات والمعاهدات الجمعية وأقوال الفقهاء فى الخارج . فالمصار القريبة يمكن الالتجاء اليها مباشرة عندما تعرض مسألة من مسائل القانون الدولى الخاص ، أما المصادر البعيدة فلا يرجع اليها الا عند عدم وجود ما يكفى فى المصادر الأولى .

ولقــد أخذ الأســتاذ رياض بتقسيم قريب من السابق فقال ان المصادر « تنقسم الى مباشرة وغير مباشرة » ثم قسم كلا منها الى مصادر مسطورة وغير مسطورة . وظاهر أن هــذا التقسيم مادى و يميل الى التوسع فى التحليل .

---

(١) وفى مصر مشروع يرمى الى افتتاح معهد للقانون الدولى تحت اسم « معهد الدراسات السياسية والقنصلية » بكلية الحقوق ، ولــكنه لم يوضع موضع التنفيذ حتى اليوم .

(٢) راجع مؤلفه ١ . ١١٠ — ١١٥ .

(٣) راجع مذكراته . ٧٢ وما بعدها . أو لا يمكن القول بأن المعاهدات التى توقعها الدولة ضمن المصادر القريبة ؟ ! .

(٤) راجع مؤلفه الجزء الأول . ٢٩ وما بعدها حيث تجد تفصيلات هامة .

الفصل الثالث

خصائص القانون الدولى الخاص

٦٥ — ترمى دراسة خصائص القانون الدولى الخاص الى تحديد الموضع الذى يشغله ذلك الفرع من القانون فى النظام القانونى corpus juris لكل دولة . فهل تدخل قواعده ضمن القواعد القانونية الخارجية droit externe أو ضمن القواعد القانونية الداخلية droit interne (١) ؟ وكذلك هل يمكن القول بأنها داخلة ضمن القانون العام أو ضمن القانون الخاص ؟ فلو أجبنا عن هذين السؤالين أمكننا معرفة خصائص القانون الدولى الخاص الأساسية .

٦٦ — ولقد أثارت الاجابة عليهما خلافات عدة بين الكتاب وذلك رغم حداثة البحث فى هذا الموضوع . والواقع أن تحديد خصائص القانون الدولى الخاص أمر من الصعوبة بمكان . ويرجع ذلك الى أسباب كثيرة نلخصها فيما يلى . أولا : عدم تجانس موضوعاته تجانسا تاما ، فقد رأينا أن القانون الدولى الخاص يبحث فى خليط من المسائل المتشعبة . فالجنسية داخلة ضمن القانون العام — كما قررته محكمة النقض الفرنسية (٢) — اذ الجنسية علاقة سياسية وقانونية بين فرد ودولة . وأما القواعد المتعلقة بتنازع القوانين فانها تعتبر الى حد كبير ضمن القانون الدولى الخاص ، اذ موضوعها علاقات خاصة بين الأفراد مالية كانت أو عائلية . على أننا لو توسعنا فى فكرة تنازع

---

(١) راجع Lainé . ١ . ٣ و Planiol . ١ . بند ٣١ فى التفرقة بين القانون الخارجى والقانون الداخلى .

(٢) وذلك بحكم أصدرته دوائرها المجتمعة فى ٢ فبراير سنة ١٩٢١ ومنشور فى دالوز . ١ . ٥ . وتأيد بحكم آخر من الدائرة المدنية فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ . Clunet . ١٩٢٦ . ٨٩٦ . وسنعود الى بحث هذه المسألة مفصلا فيما بعد .

القوانين وجدنا أنها تمتد أيضا الى القوانين الجنائية والمالية وبذلك تتصل بالقانون العام . ولقد رأينا(١) أننا استبعدنا هذه المسائل من نطاق القانون الدولى الخاص . أما بالنسبة للقواعد الخاصة بتحديد مركز الأجانب ، فظاهر أنها متصلة بالقانون الدولى العام ، ولو أن المشرع الوطنى هو الذى يضعها ، اذ أنه فى تنظيمه لهذا المركز لايتمتع بمطلق حريته كما يتبادر الى الذهن لأول وهلة بل هو مقيد فى ذلك بالقواعد المقررة فى القانون الدولى العام . وهكذا تتصل القواعد المتعلقة بها ، بالقانون العام الداخلى من جهة ، وبالقانون العام الخارجى من جهة أخرى ، ومع ذلك فان الدولة فى تشريعها لحالة الأجانب انما تنظم فى الغالب الحقوق الخاصة التى يسمح للأجانب بالتمتع بها ، وهذه الناحية متصلة بالقانون الخاص . فاذا انتقلنا الى قواعد « تنازع الاختصاص » وهى تلك القواعد التى تنظم اختصاص محاكم كل دولة أزاء محاكم الدول الأخرى وجدنا أن هذه القواعد متعلقة من هذه الوجهة بالقانون العام . ومن الجهة الأخرى فان تنظيمها لمسائل الاختصاص يفيد تعلقها بالمسائل الخاصة للأفراد الذين يهمهم معرفة الطرق الواجب اتباعها للوصول الى حقوقهم ، فهى اذن متصلة بالقانون الخاص ، أو ليست قواعدالمرافعات ضمن القانون الخاص ؟ أو لا تعتبر اذن قواعدتنازع الاختصاص ملحقة بقواعد المرافعات ؟

ثانيا : ان النصوص القانونية المقررة لقواعد القانون الدولى الخاص مبعثرة فى مجموعات القانون المختلفة ، فمنها ما هو موجود فى المجموعة المدنية ، ومنها ما هو موجود فى المجموعة التجارية ، وكذلك فى مجموعة المرافعات ، هذا .علاوة على ما وجد منها فى قوانين منفصلة صدرت على حدة . فليس هناك اذن مجموعة خاصة للقانون الدولى الخاص لها مميزاتها عن سائر المجموعات الأخرى .

ثالثا : عدم الاتفاق على طبيعة مصادر قواعد القانون الدولى الخاص فقد

---

(١) راجع قبله بند ٢٤ .

رأينا أنه يصعب اعتبارها وطنية بحتة أو دولية بحتة . فاذا كان هناك اختلاف على طبيعة المصادر فليس من الغريب أن يتبع ذلك خلاف على طبيعة القواعد فى ذاتها .

٦٧ — هذا ونلفت النظر الى أن تسمية (القانون الدولى الخاص) فى ذاتها تشعر بالصعوبة فى تحديد خصائصه ، اذ التناقض واضح بين شقيها فكيف يمكن القول بأن القانون « دولى » أى داخل ضمن القانون العام وفى الوقت نفسه أنه « خاص » ؟ ألا تشعر هذه التسمية (١) أن هناك ترددا ، على الأقل ، فى تحديد خصائص القانون الدولى الخاص والاتفاق على طبيعة قواعده ، وسأعود الى هذه التسمية فيما بعد .

٦٨ — ولدراسة خصائص القانون الدولى الخاص أهميتها من الوجهتين النظرية والعملية ، فعليها تتوقف معرفة الطريقة méthode التى ستتبع فى دراسة قواعده (٢) ، وكيفية تطبيق هذه القواعد وتفسيرها ، اذ الحال تختلف باختلاف ما اذا قلنا انها داخلة ضمن القانون الدولى أو ضمن القانون الوطنى (٣) .

ولقد فصلت المحاكم الفرنسية ، بمناسبات عدة ، فى طبيعة قواعد القانون

---

(١) كما أن التسمية تشعر بأن هنالك علاقتا بين الدول ، والحاصل أنهـا موجودة بين الأفراد . راجع مقال Harrison السابق الاشارة اليه . ٥٣٣ وكتاب Lainé . ١ . ٢٢ ومؤلف Pillet-Niboyet . ٣٦ .

(٢) وذلك للاختلاف بين الطريقة الدولية والطريقة الوطنية فى دراسته . راجع بعده بند ٧٦ .

(٣) وأهم ما يمكن الاشارة اليه فى هـذا الصدد مسألة الحقوق المكتسبة ، اذ من المعلوم أنه فى المسائل المتعلقة بالقانون العام لا محل لاحترام الحقوق المكتسبة ، فالمشرع هنا فى مامن تام . بخلاف الحال فى القانون الخاص فالأصل احترام الحقوق المكتسبة تحت سلطان القوانين القديمة الا اذا وجد نص صريح يفيد العكس .

فمثلا اذا أباح قانون الانتخاب لطائفة من الناس حق الانتخاب بشروط معينة وأراد المشرع بعد ذلك أن يعدل من هذه الشروط بحيث يضيق فى نطاق الناخبين فلا محل هنا لاحترام الحقوق المكتسبة وفقا للقانون القديم ، ولا داعى للنص على ذلك صراحة فى القانون الجديد . وسنعرض لهذه المسألة عند بحثنا فى تعاقب قوانين الجنسية المصرية .

الدولى الخاص ، فقضت محكمة النقض الفرنسية [1] بأن قواعد الجنسية تدخل ضمن القانون العام ، وعلى ذلك فالمدد التى ينص عليها قانون الجنسية لا تخضع لقواعد الايقاف أو القطع المقررة فى القانون المدنى . وكان لهذه المسألة شأن كبير فى تحديد التزامات رعايا دولة فرنسا الموجودين فى الخارج فى فترة الحرب العظمى . وكذلك قررت المحاكم الفرنسية بأن قواعد القانون الدولى الخاص انما هى جزء من القوانين الوطنيه ، وكان ذلك بمناسبة تطبيق القواعد التى تقررت بمقتضى معاهدة عقدتها فرنسا مع اسپانيا بشأن حالة رعايا الأخيرة الموجودين فى فرنسا . ولقد قررت المحاكم الفرنسية بهذه المناسبة أن القواعد الناشئة عن المعاهدات تفسر بنفس الطرق التى تفسر بها نصوص القانون الداخلية .

و يتبين مما تقدم أهمية الوقوف على خصائص القانون الدولى الخاص وذلك تسهيلا للفصل فى هذه المسائل الفرعية التى يثيرها تطبيق قواعده أمام المحاكم الوطنية .

٦٩ — والآن أعرض لدراسة هـذه الخصائص ، فأما الخاصة الأولى فتتلخص فى معرفة ما اذا كانت هذه القواعد دولية حقيقة أو وطنية ؟

ولقد أشرنا الى هذه المسألة فيما مضى [2] وفصلنا فيها بقولنا أن هذه القواعد وطنية بحتة ، ولـكن مع ذلك فان هذا الرأى ليس مقرا عليه بالاجماع بل هناك من يخالفه ، وسأبين هذا الخلاف لما له من أهمية .

ولـكى يمكننا أن نقف تماما على هذا الخلاف يلزم أن نعرف بالضبط مقدما، ما هو المراد بالاصطلاح المعروف باسم « قانون دولى » droit international فاذا رجعنا الى معناه الحالى وكذلك الى معناه فى الماضى نجد أنه يراد به معنيان :

---

(١) والحـكم صادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٢١ . سيرى . ١٩٢١ . ١ . ١١٣ . دالوز . ١٩٢١ . ١ . ١ . مع تعليق من الأستاذ Colin . وقضت المحـكمة أن المدد الخاصة باكتساب الجنسية أو فقدها داخلة ضمن القانون العـام ولو وردت النصوص بشأنها فى المجموعة المدنية . وسأعود الى هذه النقطة مفصلا فيما بعد .

(٢) راجع بند ١١ ، ٤٤ .

أولا : بيان القواعد التى تحكم العلائق بين أفراد الشعوب المختلفة . وهـذا هو ما دلت عليه عبارة jus gentium عند الرومان من قبل وذلك بالمقابلة مع عبارة jus civile أى القانون الخاص بالرومانيين وحـدهم . ثانيا : بيان القواعد التى تحـكم العلائق بين الشعوب المختلفة أو بعبارة قانونية بين الدول المختلفة ، وهذا المعنى كانت تؤديه عبارة jus inter gentes [1] فى الماضى ، وترادفها الآن عبارة « قانون دولى العام » .

ويتبين لنا اذن أن عبارة « قانون دولى » تنبىء عن وجود قواعد مشتركة commun بين دول مختلفة ، سواء لحكم علائقها بعضها مع بعض أو لحكم العلائق التى تحصل بين أفرادها . فهل تدخل قواعد القانون الدولى الخاص ضمنها ؟ رأينا أن هذه القواعد مستقلة فى كل دولة عنها فى الدول الأخرى ، وكذلك مختلفة فى كل دولة عنها فى الدول الأخرى [2] ، فبينما تخضع دولة مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية مثل مصر ، فان دولا أخرى تخضعها لقانون الموطن كانجلترا والدنمارك ، و بينما تخضع دولة مسائل المواريث لحكم قانون الجنسية كايطاليا فان البعض الآخر يخضعها لقانون محل العقار كانجلترا أو لقانون موطن المتوفى الفعلى كفرنسا الخ [3] . وكذلك فان قواعد القانون الدولى الخاص الحالية بعيدة عن أن تحكم مباشرة العلائق بين أفراد الدول المختلفة كما كانت الحـال بالنسـبة لقانون الشـعوب Jus gentium ، اذ أنها تحكم فقط مسائل أولية كتحديد الجنسية ومعرفة القانون

---

(١) ويميل الأستاذ Lainé الى تسمية القانون الدولى الخاص بأنه Jus inter gentium leges أى القانون الذى يفصل بين قوانين الشعوب . راجع مؤلفه . ٦٠١ وفى تفسير معنى الاصطلاحات السابقة كلها يرجع الى George Scelle فى مؤلفه "Les Fondateurs du droit international" سنة ١٩٠٤ .

(٢) وذلك رغم تشابهها فى كثير من الأحيان ورغم الحركة العالمية الفقهية التى تتجه فى هذه السبيل .

(٣) والخلاف بينها معقول لأن كل قانون يتطور ويتشـكل بحسب البيئة التى ينشأ فيها . وظاهر أن العوامل مختلفة فى كل بيئة عن الأخرى . راجع مقال Harrison السابق الاشارة اليه . ٥٤٨ .

الواجب تطبيقه موضوعا على العلاقة القانونية المتنازع فيها ، وزيادة على ما تقدم فان قواعد القانون الدولى الخاص تحكم أيضا العلائق التى تنشأ بين أفراد دولة واحدة اذا ما تميزت بعنصر أجنبى كما بيناه من قبل [١] .

٧٠ — ومع ذلك فقد وجد من قال بأن القانون الدولى الخاص هو قانون « دولى » وأن القانون الدولى ينقسم الى قسمين ، قانون دولى عام وقانون دولى خاص . أى أن هذا الأخير فرع من القانون الدولى ، وذلك لأنه يحدد مدى سلطان قانون كل دولة بالنسبة لقوانين الدول الأخرى ، ومعنى ذلك أنه ينظم فى الواقع علائق بين الدول . وان كان السبب فى نشوء هذه العلائق يرجع فى الأصل الى وجود معاملات وعلائق بين أفراد الدول المختلفة . وفى الوقت نفسه قال أنصار هذا الرأى بوجوب التمييز بين القانون الدولى العام والقانون الدولى الخاص ، ويختلف الأخير عن الأول فى أن موضوعه هو حماية المصالح الخاصة دون المصالح العامة ، اذ يحكم العلائق بين الأفراد لا العلائق بين الدول ، وأن فكرة الجزاء فيه أكثر وضوحا اذ المحاكم الوطنية هى التى تشرف على تطبيقه وتنفيذه لأن قواعده موجودة فى القوانين الداخلية . ولقد دافع عن هذا الرأى بحماس الأستاذان Lainé [٢] و Weiss وأولهما كان أول من شغل كرسى القانون الدولى الخاص فى كلية حقوق باريس وثانيهما أعقبه فيه . و يؤيدهما فى هذا الرأى الأستاذ الحالى Lévy-Ullmann .

ويرى الأستاذ Pillet وهو خلف الأستاذ Weiss أن للقانون الدولى الخاص صبغة مزدوجة فهو دولى فى بعض مظاهره ووطنى فى البعض الآخر ، ولبيان ذلك وتأييدا لرأيه قام بتحليل الموضوعات الداخلة فى نطاقه و بين كيفية اتصالها بالقانون الدولى و بالقانون الوطنى [٣] . ولقد سبق أن أوضحت هذه

---

(١) راجع بند ٣٣ . وراجع أيضا Surville . ص ١٦ .

(٢) راجع مؤلفه . ١٠ . ٣٠ . ومؤلف الأستاذ محمود سامى جنينه فى القانون الدولى العام . ١٣٠ .

(٣) راجع مؤلف Pillet المطول . ١ . ١٨ — ٢١ .

المسألة بايجاز فى معرض الكلام فى صعوبة دراسة خصائص القانون الدولى الخاص .

والرأى الذى قال به Pillet هو رأى وسط بين الرأى الأول والرأى الذى قال به الأستاذ Bartin [١] الذى تولى بعده تدريس مادة القانون الدولى الخاص . ويتلخص الرأى الأخير فى أن القانون الدولى الخاص ليس دوليا بل هو قانون وطنى داخلى . فالدولة بما لها من سيادة هى التى تضع هذه القواعد على هيئة نصوص تشريعية تطبقها المحاكم . وعند وضعها هذه القواعد تتمتع الدولة بكل حرية فى تحديد أحوال تطبيق القوانين الأجنبية ومدى سلطان القوانين الوطنية . ولا يمكن أن تخضع الدولة فى عملها هذا لسيادة أية دولة أجنبية أخرى .

وهذا الرأى وان كان متفقا مع الواقع الى حد كبير الا أنه مع ذلك يشعر بمبالغة فى مدى سيادة الدولة ، اذ من المقرر فى القانون الدولى العام أن سيادة الدولة نسبية وليست مطلقة ، وأنها لذلك تقبل القيود . وعلى أية حال فان الدولة فى تشريعها فى مسائل القانون الدولى الخاص لا تتمتع بتلك الحرية اللانهائية التى قد تفهم من كتابات الأستاذ Bartin .

٧١ — والواقع أن القانون الدولى الخاص قانون وطنى [٢] . وهذا

---

(١) راجع مؤلفه ١.٠ . ١١٣ وما بعدها .

(٢) راجع Lainé . ١ . ٢٢ . وقد رأينا مع ذلك أن المشرع الوطنى يحدد أحوال تطبيق القوانين الأجنبية فى قواعد تنازع القوانين على الوجه الذى يراه . ومن الممكن أن يستنتج من هذا المسلك الشائع عند سائر المشرعين ، ان المشرع الوطنى فى كل دولة لا يتمتع بحرية لانهائية اذ لا يمكنه مطلقا أن يتجاهل وجود أحوال لا تنطبق فيها قوانينه كما لا تختص بشأنها محاكمه . فهذا الالتزام من جانب المشرع الوطنى فى كل دولة بالسماح بتطبيق التشريعات الأجنبية فى بعض الأحوال ، وكذلك بترك الاختصاص للمحاكم الأجنبية فى أحوال أخرى ، ألا يمكن اعتباره التزاما دوليا ؟

ومن الجهة الأخرى اذا سلمنا بهذا الالتزام ، فان تحديد نطاقه يدخل فى اختصاص المشرع الوطنى فيحدده وفقا لصالح دولته حسبما يراه . وعلى أى الأحوال فان هناك قدرا أقل minimum =

لا يمنع من وجود علاقة قوية بينه وبين القانون الدولى العام [١] كما يظهر ذلك جليا فى تحديد معنى السيادة وشخصية الدول الأجنبية وتنفيذ المعاهدات . ولكن هل يمكن اعتباره فرعا من القانون الخاص أو من القانون العام كما زعم البعض ؟ لكى يمكننا أن نكشف عن مدار الاختلاف فى الرأى بشأن هذا الموضوع يجب أن نميز بين القانون الخاص والقانون العام . فالقانون الخاص هو ذلك القانون الذى ينظم مصالح الأفراد وعلائقهم فيما بينهم بخلاف القانون العام الذى ينظم المصالح العامة وعلائق الأفراد مع الدولة أو مع الهيئات الأخرى المتفرعة عنها . فاذا نظرنا الى القانون الدولى الخاص وجدنا أنه ينظم مصالح خاصة وعلائق بين الأفراد بعضهم وبعض ، وعلى الأخص اذا ما اختلفت جنسية هؤلاء الأفراد . وعلى ذلك يمكننا القول بأنه داخل فى القانون الخاص ، وهذا الرأى قد أخذت به أغلبية المؤلفين [٢] ، ولكن خالفهم الأستاذ Pillet [٣] الذى اعتبره داخلا ضمن القانون العام ، واستند فى ذلك على أن الجنسية وهى من ضمن موضوعات القانون الدولى الخاص ، انما تدخل فى القانون العام حسبما قررته محكمة النقض الفرنسية مرارا — وسنعرض لهذه المسألة فى مناسبات أخرى فيما بعد — ولما كان هذا الاستناد وجيها من جانب الاستاذ Pillet رفض الأستاذ Bartin [٤] اعتبار الجنسية ضمن موضوعات القانون الدولى الخاص ، فأهمل الكلام عليها فى مؤلفه الحديث . وأضاف الأستاذ Pillet تأييدا لرأيه ، أن تنظيم حالة الأجانب فى الدولة متعلق أيضا

= يجب أن يسمح فيه بتطبيق التشريعات الأجنبية حتى اذا خالفه المشرع الوطنى فى أية دولة اعتبرت دولته خارجة عن نطاق الأمم المتمدينة . قارن بند ٢٥ . و Bartin . ١ . ١١٣ .

(١) انظر مؤلف Arminjon . ١ . ٢٣ .

(٢) راجع Capitant . ١ . ٤٤٩ .

(٣) راجع مقالا له فى المجلة Revue ١٩٠٩ . ٧٩٠ — ٧٩٩ .

(٤) راجع مؤلفه . ٧ .

بالقانون العام أكثر من تعلقه بالقانون الخاص . أما بالنسبة لمسألة تنازع القوانين فانها وان تعلقت بمصالح خاصة الا أنها تخفى وراءها دائما تنازعا بين السيادات وليس هناك شيء أدخل فى القانون العام من سيادة الدولة ، فقواعد تنازع القوانين قبل أن تفصل فى مسائل متعلقة بمصالح الأفراد تفصل أولا فى مسألة ، أى القوانين هو الواجب التطبيق ، و بدهى أن هذه المسألة متعلقة بالقانون العام [١] .

٧٢ — يتبين مما تقدم أن خصائص القانون الدولى الخاص تتلخص فيما يأتى : أولا : انه قانون وطنى لا دولى ، وذلك رغم الحركة القائمة الآن فى العالم المتمدين فى سبيل توحيد قواعده ، وهذا التوحيد كما رأينا أمر بعيد الحصول . فاذا فرض جدلا أنه تحقق يوما [٢] ما عندئذ يمكن القول بأن هذا القانون « دولى » . ومن الجهة الأخرى لا يمكن الاعتماد على أن قواعده تحدد أحوال تطبيق قوانين البلاد المختلفة ، حتى نستطيع أن نقول بأنه ينظم علائق بين الدول ومن ثم يصبح قانونا دوليا ، وذلك لأن القانون الدولى كما رأينا ، هو ذلك القانون المشترك commun الذى ينظم العلائق بين الدول . وهذا الأمر غير متحقق هنا . ثانيا : أنه قانون خاص لأن العبرة بالمصالح والعلائق التى يحكمها وهى خاصة كما سبق أن بيناه .

٧٣ — ويمكننا أن نضيف الى هاتين الخاصتين الرئيسيتين خاصة ثالثة ، وهى أنه قانون غير مكتوب ، أى قانون مبنى على العادات أكثر منه

---

(١) راجع Pillet-Niboyet . ٢٢ وما بعدها حيث يقرر بأن قواعد الأسناد انما تحدد مدى تطبيق القانون الوطنى بالنسبة للقوانين الأجنبية ، وهذه مسألة متعلقة بالقانون العام قبل كل شيء .

(٢) وهذا الأمل ما زال بعيد التحقيق وان كان الأستاذ Lainé قد تنبأ بقرب تحققه عملا منذ سنة ١٨٨٨ . راجع كتابه ١ . ٤٤ . ولكن كل هذا لا ينفى أنه بجانب القواعد الوضعية السائدة فى كل دولة ، توجد قواعد أخرى ، من المرغوب فيه أن تسود ، لأنها أقرب الى تحقيق العدالة من غيرها . هذا النوع الأخير من قواعد القانون الدولى الخاص يطلق عليه بالفرنسية D. I. P. rationnel . راجع Surville . ١٨ .

على النصوص التشريعية ، اذ عرفنا أن هذه الأخيرة قليلة الشأن [١] وذلك رغم حركة التجميع والتقنين التى نشطته فى السنوات الأخيرة [٢] . ومن المعلوم أن التشريع فى مسائل القانون الدولى الخاص ما زال من الصعوبة بمكان حتى اليوم وذلك لدقتها ولاتصال التشريع فيها عادة بمسائل تهم دولا أجنبية عدة ، اذ قد تؤثر فى سيادة قوانينها على رعاياها الموجودين فى الخارج كما أشرت الى ذلك مرارا .

٧٤ — والواقع أن تسمية « القانون الدولى الخاص » تسمية غير موفقة لأنها لا تتفق مع الواقع كما رأينا [٣] . فما هو السر فى الاحتفاظ بها ؟ يرجع تاريخ هذه التسمية الى القرن التاسع عشر اذ كانت قواعد القانون الدولى الخاص يطلق عليها فيما مضى « قواعد تنازع القوانين » وأول من ابتكر التسمية الحديثة مؤلف أمريكى يدعى Story الذى أخرج مؤلفا فى سنة ١٨٣٤ عنوانه « Commentaries on the conflict of laws » ولكنه قد استعمل مع ذلك عبارة Private international law فى مناسبات عدة فى كتابه [٤] . ونقلها عنه محام فرنسى يدعى Fœlix فى مؤلف أخرجه فى سنة ١٨٤٣ ، واستحسنها المؤلف الانجليزى Westlake ، ثم جاراه فى ذلك المؤلف الألمانى

---

(١) ويظهر أن العلة فى ضآلة النصوص ترجع الى صعوبة الاتفاق على حل واحد لمسألة معينة وعلى الأخص فى بداية التشريع اذ كانت الخلافات كبيرة . ولما كان هذا الفرع من القانون فى موضوعاته حديثا عند وضع التشريع الفرنسى ، وكذلك كانت النظريات المختلفة بشأنه ما زالت فى دور التكوين رؤى أنه من الأوفق الوقوف عند الحلول التى أقرها الاجماع وترك ما عدا ذلك للقضاء فيقرر ما يراه موافقا لمقتضيات العصر ، بعد نضوج البحث والتجربة . قارن Pillet-Niboyet . ٣٨ .

(٢) وأقصد بذلك الاشارة الى مؤتمرات لاهاى ومجهودات عصبة الأمم الأخيرة ومؤتمر هافانا بين دول أمريكا الجنوبية . ويمكن من استقراء نتائج هذه المؤتمرات القول بأن قواعد تنازع القوانين فى مختلف الدول تكاد تكون متشابهة . وهذه الخطوة جديرة بالنظر .

(٣) راجع قبله بند ٦٠ و Arminjon . ١ . ١٦ .

(٤) راجع قبله بند ١ .

Schœffner فلم يمض القرن التاسع عشر الا وكان الاصطلاح شائع الاستعمال فى أمريكا وأوروبا بحيث يصعب الآن الاقلاع عنه الى اصطلاح آخر [(١)] وأذكر بهذه المناسبة أن الأستاذ Arminjon قد اقترح تسميته Le droit intersystématiques وفى هذه التسمية اشارة الى نظرياته وأفكاره الخاصة ، لذلك لم تصادف نجاحا خارج مؤلفه [(٢)] .

٧٥ — ولقد قامت الخلافات فى مبدأ الأمر على طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص ، وهل يمكن اعتبارها قواعد قانونية أو لا ، وذلك لانبناء أغلبها على العادات ، ولكن استقر الرأى على اعتبارها جزءا من القوانين الداخلية فى كل دولة حتى ولو لم تصدر بشأنها نصوص تشريعية [(٣)] .

٧٦ — وللانتهاء من هذه المقدمة نشير الى طرق دراسة قواعد القانون الدولى الخاص ؟

هناك طريقتان لدراسته : الطريقة الأولى ، هى الطريقة الدولية méthode internationale ، ويسميها البعض بالطريقة النظرية méthode théorique ، ومقتضاها دراسة المبادىء الرئيسية التى يقوم عليها القانون الدولى الخاص فى بلاد العالم المتمدين باعتبار أن هذه المبادىء موحدة أو على الأقل فى طريق التوحيد . والكتاب الذين اتبعوا هذه الطريقة وضعوا نظريات مختلفة ، دافع كل منهم فيها عن طائفة من المبادىء والحلول العامة المقترحة لحل صعوبات تنازع القوانين . فهذه الطريقة النظرية منطقية [(٤)] بحتة اذ المبادىء موضوعة مقدما à priopri وليس هناك سوى تطبيقها على ما يجد من الأحوال . وقد تأثر هؤلاء الكتاب فى وضع نظرياتهم فى تنازع القوانين ، بأفكار مختلفة ، فنهم

---

(١) راجع Pillet-Niboyet ٣٦ — ٣٧ .

(٢) انظر مؤلفه ١ . ١٧ .

(٣) ويوجد هذا الخلاف مفصلا فى مؤلف Lainé . ١ . ١٩ وما بعدها .

(٤) راجع Arminjon . ١ . ٣٧ فهذه الطريقة تقوم اذن على الاستنتاج déduction .

من تأثر بفكرة الجنسية فغلب تطبيق قانون الجنسية [١]، ومنهم من تأثر بفكرة سيادة الدولة واقليمية القوانين فحبذ تطبيق القانون الوطنى ما أمكن [٢]. ومنهم من تأثر بفكرة احترام الحقوق المكتسبة [٣]. وسنرى تفصيل ذلك عند ما نبحث تاريخ نظريات تنازع القوانين .

فهل يكون من الصواب أن ندرس مادة القانون الدولى الخاص وفقا لهذه الطريقة ؟ انى لا أستصوب الأخذ بها على طول الخط . لأن اتباع هذه الطريقة وان كان مفيدا من وجهة التكوين العلمى ، الا أنها تبعدنا كل البعد عن الوقوف على الحالة الواقعية للقانون الدولى الخاص فى البلاد المختلفة ، وهذه نقطة من الأهمية بمكان [٤] . على أن لهذه الطريقة ميزة أخرى ، وهى أنها لا تنظر فى اختيار القانون الواجب التطبيق الا لاعتبارات العدالة فحسب دون التأثر بالعواطف الوطنية أو بالمؤثرات الأخرى .

أما الطريقة الثانية ، فهى الطريقة الوطنية national أو الطريقة العملية positive وأساسها دراسة النصوص التشريعية السائدة فى بلد ما ، وكذلك العادات المطبقة فيها بوساطة محاكمها . فهذه الطريقة عملية ومن مميزاتها أنها تبعدنا عن التعميم الموجود فى الطريقة الأولى . فيمكننا بذلك أن نواجه الحقائق وأن نلمس الخلافات بين القواعد السائدة فى البلاد المختلفة وأسبابه ، ويتيسر بذلك معرفة كيفية الاتفاق على توحيد هذه القواعد ان كان ذلك فى حيز الامكان .

فاتباع الطريقة الوطنية من مقتضاه اذن بحث النصوص التشريعية

---

(١) كالعلامة Mancini الايطالى ومن تابعه فى فرنسا مثل Weiss و Andinet .

(٢) كالعلامة Bartin .

(٣) كالعلامة Pillet .

(٤) وهنا تظهر العلاقة القوية بين القانون الدولى الخاص وعلم القانون المقارن . انظر مذكرات Lévy-Ullmann ٤٦ حيث بين أغراض دراسة هذا العلم الأخير .

وتطبيقاتها ، والانتقادات التى وجهت والتى يمكن أن توجه اليها ، والسعى فى تكملة نقصها ، وذلك بالرجوع الى العادات وأحكام المحاكم ، وفى النهاية الى مبادىء العدالة التى تتجانس مع روح النظام القانونى السائد فى الدولة . فالطريقة الوطنية تحليلية Analytique اذ أساسها تحليل العلاقة القانونية واسنادها الى حكم قانون معين ولو لم يرد بذلك نص صريح فى قواعد الاسناد الوطنية ، فى ضوء الاتجاهات التى ذكرناها . فدراسة القانون الدولى الخاص على هذا النمط اذن دراسة تشريعية قضائية ، فقهية ، ولا بد فيها من الوقوف على أحكام القانون المقارن (١) تسهيلا للأمور لكى يمكن سد النقص فى نصوصنا التشريعية .

ولكن اتباع هذه الطريقة العملية وحدها فى الدراسة لا يكفى . اذ لا بد من اتباع الطريقة النظرية فى دراسة تنازع القوانين لكى نقف على ما وضعه الكتاب من نظريات كان لها أكبر أثر فى التشريعات المختلفة فى الماضى وفى الحاضر ، ولقد قدمنا أن هذا الفرع من القانون انما يقوم على العادة الدولية التى ترجع فى مبدئها الى القرن الثالث عشر ومن هنا كانت دراسة القانون الدولى الخاص من هذه الوجهة دراسة تاريخية نظرية للوقوف على هذه الجهود المشتركة التى أنارت السبيل أمام المشرعين والقضاء فى مختلف البلاد .

أما الخطة التى سأتبعها فى دراسة هذه المادة فتتلخص فيما يلى : البدء بدراسة تنازع القوانين والاختصاص اذ القواعد المتعلقة بهما هى القواعد الرئيسية فى القانون الدولى الخاص ، ثم أنتقل بعد ذلك الى دراسة الجنسية المصرية وحالة الأجانب فى مصر . وهذه الخطة منطقية وتتمشى مع المقدمات التى أوردناها وسنجمع بين الطريقتين العلميتين السالفتين على حسب الموضوعات التى نتناولها بالبحث .

---

(١) وتتبع الطريقة المقارنة فى الكتب الموسعة ولذلك ابتعدنا عنها ما أمكن .

الكتاب الأول

في

تنازع القوانين

تمهيد

٧٧ — رأينـا أنه لكى يكون هنـاك تنازع قوانين بالمعنى المعروف فى القانون الدولى الخاص يلزم . أولا : نشوء علائق قانونية أجنبية فى أحد عناصرها على الأقل . ثانيا : وجود دول متمدينة لكل منها تشريعها الخاص بها .

فاذا وجد تنازع قوانين فصـل فيه القاضى بمقتضى القواعد المعروفة باسم « قواعد تنازع القوانين » أو « قواعد الاسناد » . ومن المعلوم أن هذه القواعد قد عرفت منذ القرن التاسع عشر باسم قواعد القانون الدولى الخاص ، وأنها تحت هذا الاسم الجديد شملت القواعد المتعلقة بالجنسية وحالة الأجانب (١) .

فقواعد تنازع القوانين الوطنية هى التى تحل لنا مسائل تنازع القوانين وذلك من طريق ارشادنا عن القانون الواجب التطبيق (٢) . وبدهى أن تكون مسائل تنازع القوانين قد سبقت فى ظهورها القواعد الخاصـة بها . فيجب اذن معرفة الوقت الذى ظهرت فيه هذه المسائل ؟ وهذا ما سنفرد له فصلا على حدة نبحث فيه تاريخ تنازع القوانين أو بعبارة أخرى تاريخ النظريات التى ابتكرت لحل مشاكله ، فنأتى بذلك على الأدوار التى مرت بها هذه القواعد ومقدار حظها من التقدم ، حتى اذا ما انتهينا من بحث هذه النظريات ، انتقلنا الى دراسة تنازع القوانين فى مصر ، وبذلك نتبع الدراسة النظرية بدراسة عملية وضعية .

ولكن لما كانت مسائل تنازع القوانين من الأهمية بحيث أنها أثارت أبحاثا ونظريات جديدة من الكتاب المعاصرين عقب ظهور التشريع المصرى ، فانا سنعرض لبحث نظرياتهم وحلولهم المقترحة ، لأن هذه النظريات هى أساس لكل اصلاح تشريعى فى المستقبل lege ferenda . وبهذا نتم دراسة النظريات السابقة على التشريع المصرى ، والتى أثرت فيه تارة من طريق تأثيرها فى التشريع الفرنسى وأخرى من طريق مباشر ، والنظريات اللاحقة التى يحتمل أن تؤثر فيه اذا ما أريد الاصلاح والتنقيح .

(١) وذلك حسب الرأى المقر عليه عند أغلب الكتاب .

(٢) سواء كان هذا القانون وطنيا أو أجنبيا . ومن هنا يرى ان قواعد تنازع القوانين فى كل دولة انما هى مظهر من مظاهر التضامن العالمى .

الفصل الأول

فى

تاريخ تنازع القوانين

المبحث الاول

عموميات

٧٨ — لما انتشرت التجارة بين أفراد الشعوب المختلفة شعر الناس بضرورة وضع قواعد لتنظيم العلائق القانونية المتميزة بوجود عنصر أجنبى فيها . ولم تظهر هذه القواعد طفرة واحدة بل سارت فى سبيل التدرج . ومن المشاهد أنها عند ما تقدمت فى طريقها عاونت على تنمية العلائق السابقة وانتشارها . فبعد أن كانت الأخيرة فى أول الأمر قليلة محدودة العدد أصبحت اليوم من الأهمية بحيث تعتبر أساسا من أسس المدنية الحاضرة . ونظرة سريعة الى المجتمع الحالى تثبت بجلاء ما قدمناه . فالزواج المختلط ، وتوطن الأجانب فى غير بلادهم ، وتبادل الثقافات المختلفة ، كلها أدلة ناطقة على تعقد الحياة الدولية الخاصة ، وعلى أهمية الدور الذى لعبته قواعد تنازع القوانين . وهكذا ظهرت هذه القواعد القانونية تحت ضغط الوقائع الجديدة ، وهى نشوء العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى ، كى تخدمها وتعمل على ازدهارها وتكون بذلك عاملا هاما من عوامل ازدياد نموها بجانب العوامل الأخرى (١) .

بناء على ما تقدم كان من المفيد دراسة قواعد تنازع القوانين فى الأدوار المختلفة التى مرت بها . وهذه الدراسة التاريخية لا يقصد بها مجرد التوسع العلمى

(١) وأخصها سهولة طرق المواصلات والاتصال بين الناس بمختلف الوسائل الحديثة كاللاسلكى واذاعة الراديو .

«érudition» وانما ترمى الى الموازنة بين ما كان متبعا فى العصور السالفة ، وما هو متبع فى الوقت الحاضر ابتغاء الاصلاح والوقوف على وسائله . على أنه لايفوتنا بهذه المناسبة أن نقرر هنا ، وجود شبه كبير بين الحلول المتبعة الآن ، والحلول التى قيل بها منذ قرون عدة ، وأن النظريات المختلفة التى قال بها العلماء تقف غالبا فى اختلافها عند حد الأسس المقترحة ، لا فى الحلول المشار باتباعها ، اذ بينها اتحاد فى الحلول فى كثير من الأحيان ، ولذلك شبهها البعض بالأبنية المختلفة الأسس والمتحدة فى العمارة الخارجية [(١)] . و بسبب الشبه الموجود بين ماهو متبع فعلا وبين النظريات التاريخية ، كان من الطبيعى أن ندرس هذه الأخيرة كى نقف على علة ظهورها وحظها فى التطبيق . ويضاف الى كل ما تقدم أن النصوص التشريعية الحالية بعيدة عن اعطاء الحلول لكل مسائل تنازع القوانين التى تعرض عملا وبما أنه من المحتم على القاضى أن يفصل فيها رغم ذلك ، فمن الأولى به أن يرجع الى هذه النظريات التاريخية للوصول الى الحل المناسب من طريق بحثه فى ضوئها ، وذلك تحقيقا للعدالة .

٧٩ — ويتبين من الايضاحات الموجزة السابقة أن ازدهار نظريات تنازع القوانين مقرون بانتشار التجارة والتعارف بين الناس ، ومن ثم تزداد العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى . فاذا مارفع نزاع بشأنها الى القضاء وجب الفصل فيه موضوعيا ، وفقا لأحكام قانون ما . ولا جدال فى أنه من الممكن القضاء على كل تنازع اذا اتبع القاضى أحد المبدأين الآتيين : المبدأ الأول . هو مبدأ شخصية القوانين la personnalité des lois [(٢)] ، بمعنى أنه يطبق على كل

---

(١) راجع Arminjon . ١ . ٤٨ .

(٢) وتجب التفرقة بين شخصية القوانين وخروجها عن الاقليم extra-territorialité اذ أن معنى الاصطلاح الأخير أن القاضى الوطنى يطبق قانونا أجنبيا على تصرفات حصلت داخل حدود بلد القاضى ، وذلك بغض النظر عن جنسية الأشخاص طرفى العلاقة القانونية . فعندئذ يكون القانون المطبق قد تجاوز اقليمه الأصلى الى اقليم آخر . انظر Pillet-Niboyet . ٣٨٣ .

شخص قانونه الخاص به ، أى من كان انجليزيا طبق عليه القانون الانجليزى ، ومن كان مصريا طبق عليه القانون المصرى . . . الخ فالقانون الشخصى هنا معناه قانون الجنسية ، كما يصح أن يكون معناه قانون الوطن ، أو قانون محل الاقامة أو الديانة على حسب الأحوال . فشخصية القوانين على هذا الوجه مطلقة لا تقف عند الحد المعترف به الآن (١) ، بل تشمل كل العلائق القانونية مدنية كانت أو جنائية . وهذا المعنى فى شخصية القوانين هو الذى كان متبعا فيما مضى عند الأمم المتبربرة . أما المبدأ الثانى . فهو مبدأ اقليمية القوانين territorialité des lois ، أى أن من يحل فى بلد معين يطبق عليه قوانين ذلك البلد فى كل علائقه القانونية عائلية كانت أو مالية ، مدنية كانت أو جنائية (٢) . وقد كان هذا المبدأ سائدا الى حد كبير فى عهد الاقطاع « féodalité » وما زال مأخوذا به الى اليوم ، ولكن بالنسبة لبعض القوانين فقط ونذكر منها القوانين الجنائية والقوانين التى تحكم العقارات وقوانين النظام العام .

فاذا اتبع القاضى أحد هذين المبدأين انتفى كل تنازع لأن الحل معروف مقدما ، وهو تطبيق القانون الشخصى أو القانون الاقليمى على حسب الأحوال .

وتاريخ نظريات تنازع القوانين حتى نهاية القرن الثامن عشر هو بالجملة تاريخ النضال بين هذين المبدأين وتحديد نطاق كل منهما اذ رؤى أنه من الأوفق عدم الاطلاق فى تطبيق كل منهما (٣) ، بل لا بد من الجمع بينهما ، فسمح فى بعض الأحيان بتطبيق القانون الشخصى ، وفى البعض الآخر بتطبيق القانون الاقليمى (٤) .

---

(١) راجع معنى شخصية القوانين عند Mancini وفى المعنى القديم Lainé . ١ . ٥٩ .

(٢) هذا بالنسبة للعلائق المستقبلة أى التى تتم بعد دخول الشخص الاقليم الجديد ، أما بالنسبة للعلائق السابقة فيجب أن تتبع أحكام قوانين الدولة التى تمت فى اقليمها . انظر هامش (٤) .

(٣) انظر قبله بند ٣٤ وما بعده ومقال Weiss . كتاب العيد المئوى . ١ . ٢٤٩ .

(٤) وهذا لا ينفى أنه فى الوقت الحاضر قد يطبق القاضى الوطنى تشريعات أجنبية لا باعتبار أنها قوانين شخصية ، بل باعتبار أن المتعاقدين قد اختارا تشريعا معينا ، أو أن هذا التشريع هو قانون موقع المال ، أو أنه قانون الجهة التى تم فيها التصرف تطبيقا لقاعدة Locus .

و يلاحظ أن المراد بالقانون الاقليمي فى المعنى الذى نحن بصدده هنا هو قانون القاضى Lex fori. وهذا يخالف المصطلح الآن من أن القانون الاقليمى ، هو قانون موقع المال [١] .

٨٠ — والحاصل أن سيادة القانون فى ذاته ترتكز على أساسين . الأول : أساس الاقليم ، الذى ينفذ فيه هذا القانون ، بمعنى أنه ينطبق على الأشخاص والأشياء الموجودين فى داخل حدود دولة معينة ، ولا يتجاوزها الى اقليم دولة أخرى . وهذا هو المراد بالسيادة الاقليمية للقانون souveraineté territoriale . ولا تعتبر الدولة مستقلة تماما فى اقليمها اذا سادت فيها جملة تشريعات مختلفة ، كما هى الحال فى بلاد الامتيازات pays des capitulations اذ تعتبر الأخيرة فى منزلة أقل من الدول الأخرى . الثانى : أساس الأشخاص ، ومقتضاه أن القانون انما وضع لأجل تطبيقه ، فى الأصل ، على الأشخاص الذين تربطهم بالدولة رابطة التبعية . وهذا هو المراد بالسيادة الشخصية للقوانين souveraineté personnelle. فاذا ما أوصت قواعد الاسناد بتطبيق القانون الوطنى، فمؤدى ذلك عادة [٢] تغليب السيادة الاقليمية للقانون الوطنى على السيادة الشخصية للقانون الأجنبى، وعلى العكس اذا ما أوصت بتطبيق تشريع أجنبى فمفهوم ذلك عادة انكماش السيادة الاقليمية للقانون الوطنى وتغليب السيادة الشخصية للقانون الأجنبى . وقد رأينا أن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية انما يقوم على اعتبارات متعلقة بالعدالة ، تلك الاعتبارات التى تنبه لها المشتغلون بالقانون منذ القرن الثالث عشر فانتهوا الى القول بالنظرية الشهيرة المعروفة باسم نظرية الأحوال La théorie des statuts فى القرن السادس عشر .

٨١ — ونشأت أصول origines هذه النظرية فى منتصف القرن الثالث

(١) فاذا سلمنا بمبدأ اقليمية القانون كى يحكم جميع التصرفات التى تتم داخل اقليم الدولة فان مؤدى ذلك أنه اذا عرض النزاع أمام محاكم دولة أخرى فعليها فى هذه الحالة أن تطبق قانون الدولة الأولى لأن التصرف لم يتم فى داخل اقليم الدولة الثانية . انظر Pillet-Niboyet . ٣٨٣ وكذلك مؤلفنا . ٩٠ . هامش ٢ .

(٢) اذ يحتمل أن أساس تطبيق القانون الأجنبى اعتبارات أخرى خلاف الاعتبارات الشخصية ، كما فى المسائل المتعلقة بالشكل أو بالأموال .

عشر. وبدراستها تبدأ دراسة تاريخ نظريات تنازع القوانين . ولقد أراد واضعو نظرية الأحوال فى مبدأ الأمر حل اشكالات تنازع القوانين التى تنشأ بين التشريعات المحلية Lois locales فى بلد واحد ، ثم بعد ذلك ما ينشأ منها بين تشريعات الدول المختلفة Lois nationales [١] . ومن الصعب تحديد القواعد التفصيلية التى قالت بها هذه النظرية . ولكن من المسلم به ، مع ذلك ، أنها تقوم بالجملة على تقسيم القوانين الى شخصية [٢] ، أى موضوعها الأشخاص ، وعينية ، أى موضوعها الأعيان . والسر فى الصعوبة السالفة راجع الى الأدوار والتطورات التى مرت بها النظرية فى الأزمنة والبلاد المختلفة ، اذ أنها عرفت أصولها الأولى فى ايطاليا ثم ظهرت قوية فى فرنسا ، ومنها انتقلت الى هولندا ثم انتهت بعد ذلك فى القرن الثامن عشر .

فالنظرية الايطالية القديمة وان كانت لم تعرف تقسيم الأحوال الى شخصية وعينية بطريقة ظاهرة ، فانها قد أدت بلا شك الى ظهور نظرية الأحوال الفرنسية ، وذلك بفضل مجهودات d'Argentré الذى انتقلت نظريته الى هولندا حيث أخذت فيها شكلا مخالفا بعض المخالفة ، وعرفت مع ذلك باسم نظرية الأحوال الهولندية . ورغم وجود بعض الخلافات بين النظرية الفرنسية والهولندية فمن المتفق عليه أن الأسس واحدة تقريبا [٣] .

٨٢ — ويحق لنا أن نتساءل عن السر فى اعتبار القرن الثالث عشر بداية لدراسة تاريخ تنازع القوانين . والاجابة عن ذلك ليست عسيرة فى شىء ، وتتلخص فى أن الظروف ما كانت تسمح بنشوء نظريات فى تنازع القوانين قبل هذا التاريخ اذ كان من المقرر فيما مضى عند الرومان تطبيق القانون الرومانى على الرومانيين دون غيرهم jus civile وقانون الشعوب على العلائق مع الأجانب jus gentium [٤] .

(١) انظر Lainé . ١ . ٤٠٧ و ٧٤ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ الاختلاف فى المعنى بين الشخصية هنا فى نظرية الأحوال وبين مبدأ شخصية القوانين . راجع بند ٧٩ .

(٣) انظر هذه الخلافات فى مؤلفات الكتاب الأقدمين مثل Boullenois و Fœlix ومن أهمها عدم اعتبار وجود نظرية قديمة ايطالية للأحوال . انظر أيضا بعده بند ٨٩ .

(٤) راجع Westlake . ١٠ . و Surville . ٢٥ .

فالواقع اذن أن القانون الرومانى (بنوعيه السالفين) قانون اقليمى يطبق فى كل أنحاء الدولة الرومانية على الرومان وعلى الأجانب بحسب الأحوال [١] . ولم تكن الدولة الرومانية تعترف بوجود علائق مع الأمم المتبربرة التى لم تخضع لحكمها . فلم يكن هناك مجال لوجود تنازع بين القوانين . واستمرت الحال على هذا النحو الى أن سقطت الامبراطورية الرومانيـة وغزاها البربر Les Barbares . وهؤلاء على عكس الرومان اتبعوا مبدأ شخصية القوانين بصفة مطلقة ، فـكان يطبق على كل فرد قانون قبيلته [٢] وذلك فى جميع علائقه ، الى أن ظهرت الامبراطورية الجرمانية القديمة فرجعت الى القانون الرومانى من جديد . ولـكن حصل فى غضون القرن الثالث عشر أن تحررت مدن لومبارديا من حـكم الأمبراطورية الجرمانية فتحولت الى جمهوريات صغيرة مستقلة فعلا ، لـكل منها قانونها statut الخاص بها . ولما كانت هذه الجمهوريات تجارية فان العلائق القانونية بين أفرادها تـكاثرت ، وأدى ذلك الى البحث عن القانون الواجب التطبيق بين هـذه القوانين اذا ما اختلف هؤلاء الأفراد فى التبعية . وتأثر الباحثون فى ذلك باعتبارات العدالة أكثر من تأثرهم باعتبارات السيادة . ومن الجهة الأخرى فان وجود هذه القوانين المحلية statuts municipaux أدى الى تنازعها فى بعض الأحيان مع القانون العام droit général وهو القانون الرومانى الذى كان سائدا بشـكل خاص فى ذلك الوقت ، فتتابعت الدراسات لحل التنازع فى صورتيه السابقتين . وكان مركز هذه الدراسات جامعة بولونى Bologne التى أمها الطلبة من جميع الجهات ، ومنهم الفرنسيون فنقلوا تعاليمها الى بلادهم ، فظهرت عندهم نظرية الأحوال فى غضون القرن السادس عشر .

---

(١) وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن تراث القانون الرومانى فيما يتعلق بتنازع القوانين لا قيمة له تقريبا . راجع بعده بند ٨٣ و Lainé . ١ . ٥٣ . و Surville ٢٥ — ٢٧ .

(٢) ومع ذلك يقرر الأستاذ Arminjon فى كتابه ، ١ ، ٤٤ أنه قد وجدت عندهم بعض قواعد ضئيلة فى تنازع القوانين وانظر Laurent . ١ . نبذة ١٩٣ و Bardo . نبذة . ١١ . وعكس ذلك Lainé . ١ . ٧٥ وما بعدها .

٨٣ — والمهم الآن أن نعرف أن أصول نظريه الأحوال لم توجد عند الرومان ولا عند المتبربرين ، وانما وجدت فى عهد الاقطاع عند ماتكونت الجمهوريات الايطالية واشتبك أفرادها بعضهم مع بعض فى المعاملات ، فقام التنافس بين قوانينها المختلفة statuts التى كانت لها صبغة اقليمية territorial [١] . فيقوم القاضى فى كل اقليم بتطبيق قوانينه ، أى ان الأصل فى القوانين أن تكون اقليمية ، وسرعان ما رؤى أن هذا المبدأ يتنافى مع تقرير العدالة فأدخلت عليه الاستثناءات ، فاقليمية القوانين والعدالة فكرتان قامت عليهما النظرية الايطالية القديمة [٢] . اذ أن الأخذ بمبدأ اقليمية القوانين يستدعى ضرورة تطبيق القانون الوطنى ، وأما الأخذ بالعدالة فيستدعى ضرورة السماح بتطبيق القوانين الأجنبية فى بعض الأحوال ، خصوصا اذا تعلق النزاع بأشخاص . وسنرى أن نظرية الأحوال الفرنسية فيما بعد قصد منها تنظيم أحوال تطبيق القوانين الأجنبية على الأساس السابق [٣] . ونسارع الى القول هنا بأن النظرية الايطاليه القديمة وجدت فى مبدأ الأمر لحل التنازع بين قوانين الأقاليم ، التى كان مبناها فى الغالب العادات ، وكذلك لحل التنازع بين هذه القوانين والقانون الرومانى العام . وهذان النوعان من التنازع بعيدان عن تنازع القوانين الدولى الذى يدخل وحده فى نطاق القانون الدولى الخاص [٤] .

---

(١) انظر Makarov . ٧٥ .

(٢) أنظر Lainé . ١ . ٧٤ و ١٠٢ حيث تجد تفصيلات القواعد الخاصة بحل هذه الصور من التنازع. وانظر أيضا Laurent . ١ . ٢٧٦ . وكان من المألوف فى فرنسا قولهم أن الأصل فى العادات أنهـا عينيـة toutes coutumes sont réelles انظر Bartin . ١ . ١٢٦ وسار الكتاب الفرنسيون فى ذلك العهد على اتباع المبدأ السالف منقحا ببعض الاستثناءات ، وذلك بخلاف الكتاب الايطاليين اللاحقين (مدرسة المحشين) انظر بند ٨٤ ، وأيضا بخلاف الكتاب الفرنسيين فى القرن السادس عشر .

(٣) انظر Lainé . ١ . ٩٣ .

(٤) انظر بند ١٨ من هذا الكتاب .

المبحث الثانى

فى

النظرية الايطالية القديمة (القرن الرابع عشر)

٨٤ — وترتكز النظرية الايطالية القديمة على حاشية وضعت فى هامش نص رومانى قديم بمعرفة كاتب غير معروف على وجه التأكيد . وقد تم ذلك فى تاريخ ثبت أنه بعد سنة ١٢٢٨ ميلادية ، وعنوان الحاشية كلمة Argumentum أو مامعناه بالايطالية مسألة . فما موضوع هذه المسألة ؟ موضوعها انه اذا ذهب مواطن من بولونى Bologne الى مودين Modéne فانه لايخضع لقوانين statuts مودين[1] . واعتمد الكاتب تأييدا لرأيه هذا على النص الوارد فى مجموعة Justinien والمنقول عن مجموعة Théodosien والمشهور باسم قانون Cunctos populos (والكلمتان بداية النص[2]) فأضاف اليه الحاشية . ومن الثابت أن هذا القانون قد وضع فى عهد الأمبراطرة البيزانطيين فى ٢٧ فبراير سنة ٣٨٠ بعد الميلاد ، ومضمونه « أن جميع الشعوب التى تخضع لحكمنا الرحيم quos clementiæ nostræ regit imperium يلزمها اتباع الديانة التى تقرر التقاليد الدينية بأن بطرس الرسول قد حملها الى الرومان »[3] .

فكما أن الرومانيين لا يخضعون لشريعة غير الشريعة المسيحية ولو

(١) وما هو نص الحاشية Quod si Bononiensis Conveniatur Mutinæ, non debet judicari secundum statuta Mutinæ quibus non subest; cum dicat quos nostræ clementiæ regit imperium وترجمته لو أن مواطنا من بولونى ذهب الى مودين ، فيجب أن لا يقضى فى شئونه وفقا لقوانين مودين التى لا يخضع لها ، وذلك وفقا لنص قانون « جميع الشعوب التى تخضع لحكمنا الرحيم ...» فالحاشية هى الشطر الأول . ويقال ان واضعها هو Acourse انظر Pillet-Niboyet . ٣٩١ .

(٢) وتكملة النص in tali volumus religioni versari, quam divinum Petrum Apostolum tradidisse Romanis, religio declarat

(٣) وان كانت الحلول الكثيرة قد ردت الى الحاشية . ومعلوم أن الحاشية قد اعتمدت بدورها على النص .

غادروا الامبراطورية الرومانية الى الخارج ، فان المواطن الذى يترك « بولونى » الى « مودين » لا يخضع لقوانين هذه الأخيرة . أو بعبارة أخرى ، ان المستفاد من النص الرومانى هو ضرورة التميز بين الرومانيين الذين تنطبق عليهم الشريعة المسيحية ، وغيرهم ممن لا تنطبق عليهم . و يرى أن التعمل ظاهر فى هذا التفسير ، اذ لم يقصد بهذا النص مطلقا وضع قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص مؤداها أن للقانون الرومانى أثرا خارج اقليمه extra-territorial فيتبع الرومان أنى أقاموا و يصبح بذلك قانونا شخصيا . وانما قصد به بيان الديانة التى يجب على الرومان اتباعها والا اعتبروا خارجين على امبراطوريتهم ، ولكن مع ذلك وجد من الكتاب مثل Weiss [1] من أيد التفسير الأول .

وعلى أى الأحوال فانه على أساس هذا النص الرومانى [2] بنيت قواعد القانون الدولى الخاص وتطورت حتى وصلت الى حالتها الحاضرة . و يظهر أن العلة فى الاستناد عليه من جانب العلماء ، فى ذلك العهد ، ترجع الى ما للقانون الرومانى من مكانة فى نفوس الايطاليين ، والى رغبة العلماء أنفسهم ، وكانوا يتولون القضاء فى نفس الوقت [3] ، فى تقرير حلول عادلة لتنازع القوانين تشجيعا للتجارة ولتنمية العلاقات بين أفراد الأقاليم المختلفة . ومن المتعارف تسمية هؤلاء العلماء بالمحشين Glossateurs ومدرستهم تعرف باسمهم أى مدرسة المحشين école des Glossateurs [4] وذلك اشارة الى الحواشى الكثيرة التى أضيفت الى النصوص الرومانية ، وكان من المألوف فى ذلك العهد قولهم « من الأولى أن تكون

---

(١) انظر مقاله فى كتاب العيد المئوى Livre du Centenaire للمجموعة المدنية الفرنسية ١ . ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) ويرى أن تأثير القانون الرومانى هنا غير مباشر . قارن Lainé . ١ . ٥٦ و Makarov . ٧٦ .

(٣) راجع M. Demangeat فى كتابه Cours élémentaire de droit romain. 1.123 و Lainé . ١ . ٩٩ .

(٤) أو مدرسة بولونى école de Bologne .

الحاشية فى مصلحة صاحب الدعوى أكثر من النص نفسه [١] » نظرا لأهمية تلك الحواشى . كل ذلك لاينفى ان أهم ما تمتاز به النظرية الايطالية فى ذلك العهد هو اعتماد أصحابها بصفة أصلية فى تقرير حلولهم على النصوص الرومانية . ومن هنا نشأ تجاهلهم لمبدأ اقليمية القوانين الذى كان سائدا فى فرنسا من قبل [٢] .

٨٥ — ولقد أثبت الأستاذ Neumeyer [٣] أن الحاشية الخاصة بمواطن « بولونى » قد أتت بحكم جديد خلافا لما كان متبعا من قبل . اذ كان من الواجب تطبيق قانون القاضى احتراما لاقليمية القوانين ، فاذا لم يوجد نص فى قانون القاضى اتبع القانون الرومانى ، لأنه القانون العام . فالحاشية الجديدة تجعل لقوانين « بولونى » أثرا فى خارج اقليمها لأنها ستتبع المواطنين ولو ذهبوا الى « مودين » ورفعت عليهم الدعوى هنالك .

٨٦ — وقد اتبع أصحاب هذه النظرية طريقة اعطاء حلول لكل مسألة على حدة méthode casuistique فلم يفكروا فى وضع نظام système كامل . وكان لاتباعهم هذه الطريقة ميزة عدم التقيد مقدما à priori بمبدأ موضوع، بل تأثروا دائما بظروف كل حالة من حالات التنازع ووضعوا لها حلا مناسبا . فقالوا مثلا بالنسبة للعقود أنها تخضع لقانون محل عقدها lex loci contractus ، وبالنسبة لمسائل المرافعات فرقوا بين ما تعلق منها بالشكل ، وما تعلق بالموضوع كالاثبات مثلا ، فأخضعوا الأول لقانون القاضى ، أما الثانى فأخضعوه للقانون الذى يحكم الموضوع نفسه . وسنرى فيما بعد أن هذا التقسيم ما زال متبعا الى الآن ويطلق على النوع الأول ordinatoria litis وعلى النوع الثانى decisoria litis أما الأموال فأخضعوها لقانون محلها . ولقد أثبت الأستاذ Neumeyer أن مواطن

(١) راجع Lévy-Ullmann . ٣٤٢ .

(٢) انظر Lainé . ١ . ١١٢ .

(٣) وذلك فى مقالته « خطوات علم القانون الدولى الخاص حتى بارتول » ١٩٠١ — ١٩١٦ .

Reggis الذى ينقل قمحا الى اقليم Crémone مارا بمقاطعة Parmme لا يخضع لقانون statut هذه الأخيرة الذى يحرم نقل القمح ويأمر بمصادرته فى هذه الحالة ، لأن القمح ليس محله Parmme .

وظاهر من الحلول السابقة أن أصحابها لم يعرفوا تقسيم الأحوال الى شخصية وعينية ، لأن التقسيمات دلالة على نظام موضوع ، وظاهر أنهم لم يفكروا فى وضع نظام [1] . وذلك على خلاف أصحاب نظرية الأحوال الفرنسية فى القرن السادس عشر .

٨٧ — ولم تعمر هذه الحلول كثيرا [2] فاختفت مدرسه المحشين فى أواخر القرن الثالث عشر تاركة المجال لمدرسه جديدة قال بها خلفاؤهم ، ويطلق عليهم خلفاء المحشين Postglossateurs . ولم يقف أصحاب هذه المدرسه الجديدة عند حد اعطاء الحلول لما يعرض من المسائل méthode casuistique كأسلافهم ، بل توسعوا فى التقسيمات والتفريعات فأعطوا مدرستهم بذلك صبغة علمية scolastique . وأطنبوا فى الشرح مما دعا الى تسمية هذه المدرسة بمدرسة الشارحين école de commentateurs وعميد هذه المدرسة Bartole [3] وكان أستاذا فى جامعتى Pise و Pérouse على التعاقب . ومن أشهر مؤيديه تلميذه Balde .

٨٨ — وقد استفاد Bartole من مجهودات السابقين عليه ، وقلدهم

---

(١) ويظهر أن تقيد المحشين كثيرا بالنصوص ورجوعهم اليها كان السبب الأكبر فى سقوط نظريتهم اللفظية école exégetique وظهور نظرية علمية école dogmatique هى نظرية خلفائهم . ولا يستغرب تعاقب النظريتين على هذا النحو اذ هذا المظهر قد عرف أيضا فى فرنسا فى غضون القرن التاسع عشر بشأن تفسير المجموعة المدنية الفرنسية .

(٢) انظر Lainé . ١ . ١١٣ . و Laurent . ١ . نبذة ٢٣٦ .

(٣) وقد عاش من سنة ١٣١٤ — ١٣٥٧ ولنظريته أهمية كبرى فى القانون الدولى الخاص مما دعا العلماء الى التوسع فى دراستها . ويرجع فى ذلك الى مؤلف Pillet الجزء الأول بند ١١ — ١٢ وما بعدها حيث توجد تفصيلات هامة مفيدة .

فى أنه بدأ بالتعليق على قانون Cunctos populos [١] وذلك للوقوف على مسألتين هامتين .

الأولى : هل يمكن أن تنطبق قوانين statuts الاقليم على غير الأشخاص التابعين له .

الثانية : هل تمتد قوانين الاقليم الى الخارج فتحكم الرعايا الموجودين هنالك [٢] ؟ بحث Bartole هاتين المسألتين بالنسبة للقوانين statuts بعد أن وضع لها تسعة تقسيمات . أولها التقسيم الخاص بالقوانين المتعلقة بالعقود ثم القوانين الخاصة بالجرائم التى يرتكبها الأجانب ، ثم بالقوانين الخاصة بالوصية [٣] . — الخ . ومن الملاحظ أن هذه التقسيمات خليط من القوانين المدنية والقوانين الجنائية والقوانين الادارية . ويضيق نطاق هذا الكتاب عن ايراد كل الحلول التى قال بها Bartole ، ولذا سأكتفى بدراسة بعض التقسيمات التى لها علاقه وثيقة بما هو متبع الآن فى القانون الدولى الخاص ..

٨٩ — فبالنسبه للقوانين المتعلقه بالعقود يفترض الأستاذ أنه قد حصل عقد بين مواطن وأجنبى فى اقليم معين وليكن Pérouse ثم أعقب ذلك نزاع رفع الى محكمة اقليم الأجنبى ، فأى القانونين واجب التطبيق ؟ يرى Bartole وجوب التمييز بين أمور ثلاثه — ا — شكليه العقد وأوضاعه solennité de contrat — ب — اجراءات رفع الدعوى — ج — موضوع النزاع . بالنسبة لشكلية العقد يطبق قانون المحل الذى تم فيه العمل القانونى ، وبالنسبة لاجراءات رفع

---

(١) وذلك تقليدا للسالفين عليهم ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان القانون الرومانى كان له حق هذا التاريخ القدح المعلى . انظر Pillet-Niboyet . ٣٩٠ . ومن أشهر السالفين على Bartole. Jacques de Révigny و Pierre de Billeperche وكانا من أساتذة الحقوق فى فرنسا .

(٢) وظاهر أن الاجابة على هذين السؤالين يقصد بها تحديد تطبيق القانون من حيث المكان وفقا لطبيعته .

(٣) انظر فى تفصيلات هذه التقسيمات Lainé . ١ . ١٣٤ وما بعدها .

الدعوى litis ordonatis يطبق قانون القاضى [١] ، وأما بالنسبة لموضوع الدعوى ipsius litis decisis فيفرق بين ما اذا كان النزاع متعلقا بالآثار الطبيعية للعقد conséquences naturelles du contrat كالوفاء وكيفيته وحينئذ يطبق قانون محل تكوين العقد le lieu de formation du contrat أو كان متعلقا بآثار عرضية كعدم التنفيذ الناشىء عن اهمال فيؤخذ هنا بقانون محل التنفيذ le statut du lieu d'exécution . فاذا تعذر ذلك كأن لم يعرف من العقد محل التنفيذ مثلا اتبع قانون القاضى لأن الاهمال قد وقع فى دائرته [٢] .

ومن ضمن التقسيمات التى قال بها الأستاذ ، القوانين المتعلقة بالوصية ، ولقد بحثها فى ضوء الفرض الآتى . انه وفقا لقوانين Venise يلزم شاهدان أو ثلاثة لصحة الوصية من حيث الشكل ، ولكن وفقا للقانون الرومانى [٣] لا بد من حضور سبعة شهود أو خمسة على الأقل . فهل يؤخذ بقانون Venise أو بالقانون الرومانى ؟ يغلب الأستاذ قانون Venise فى هذا النزاع بين القانون المحلى والقانون العام ، مقررا جواز استفادة الأجانب من نصوص القانون المحلى ، لفائدتها اذ تخفف من غلواء الشكل ، ولكونها قد وردت فى صيغة عامة [٤] .

ولكن هل يمتد قانون Venise الى الخارج ؟ لا يرى ذلك Bartole لأن القوانين المتعلقة بالشكل لها صبغة محلية locale . أما اذا تعلق القانون بالموضوع la substance de l'acte فيمتد تأثيره الى الخارج اذا كان خاصا بأموال rem فاذا قرر قانون مثلا بأنه لا يجوز للشركاء على الشيوع التصرف فى مال

---

(١) انظر بند ٨٦ .

(٢) قارن Laurent . ١ . ٣١٢ .

(٣) ومن هنا يرى أن التنازع لم يكن فقط بين قوانين الولايات بل بينها وبين القانون الرومانى العام Pillet-Niboyet . ٣٩١ .

(٤) وهذا هو الأصل التاريخى للقاعدة الشهيرة Locus regit actum .

الا باتفاقهما فهـذا القانون المانع prohibitive يلحق الشريكين حتى فى الخارج .

أما اذا كان القانون المانع خاصا بالأشخاص فيرى Bartole وجوب التمييز بين القوانين المفيدة statuts favorables والقوانين المستهجنة statuts odieux.

ومثال الأولى ، القوانين التى قصد بها تقرير حماية لبعض أشخاص كالقصر الذين لا يجوز لهم التصرف فى أموالهم قبل بلوغهم سن الخامسة والعشرين،فانها تلحق هؤلاء الأشخاص فى الخارج . ومثال الثانية ، القوانين التى تقرر عدم أهلية البنات للميراث أو بعبارة أخرى تقرر امتياز الذكور . وكذلك اذا ما قررت أحقية أكبر الأولاد للميراث دون سائر الورثه droit d'aînesse فانها لا تطبق فى الخارج ، أى لا تتجاوز حدود الاقليم (١) .

وقد اعتقد البعض أن Bartole عرف تقسيم الأحوال الى شخصية وعينية واعتمدوا فى ذلك على تقسيمه السالف الذكر ، ونسبوا اليه التناقض (٢) عند ما طلب اليه تحديد صفة القوانين المتعلقة بالمواريث،اذ قال بأن هذه القوانين تعتبر شخصية اذا بدأ نصها بالكلام على الأشخاص كالو قال primogenitus succedat أى أن الابن الأكبر يرث . وتكون عينية اذا بدأت بالكلام على المال Bona sucedent veniant in primogenetum أى أن الأموال تؤول الى الابن الأكبر . ولكن يظهر أن Bartole لم يعرف تقسيم الأحوال كلها الى

(١) وهذه المسألة كانت تعرف فيما مضى تحت اسم « القضية الانجليزية » ومضمونها أن شخصا توفى عن أموال بعضها فى انجلترا والبعض الآخر فى فرنسا أو فى ايطاليـا فلأى قانون يخضع توزيع هذه الأموال . اذا قلنا بتطبيق القانون الانجليزى فان فى ذلك منافاة لمبدأ المساواة بين الورثة السائد فى البلاد اللاتينية ، ولهذا فان القانون الانجليزى يقف عند حدود اقليمه ولا يتعداها الى اقليم آخر لأنه قانون مستهجن Lainé . ١ . ١٥٦ . و Lévy-Ullmann . ٣٤٩ .

(٢) انظر Boullenois . ١ . ١٦ ورأى Laurent الذى ينصف الكاتب . ١ . ٢١٦ .

شخصية وعينية ولم يقل بفيصل التفرقة السالف [١] وان كانت روح شرحه تفيد تأثره به .

هذه هي الحلول التي قال بها Bartole وقد نسج على منوالها Baldeولكنه علق أهمية كبرى على قانون الموطن statut de domicile فأشار بتطبيقه في كثير من الأحيان وعلى الأخص في مسائل الأحوال الشخصية ، ولا داعي هنا للتبسط في شرح أفكاره وحلوله .

٩٠ — وظاهر أن الحلول التي أتى بها Bartole وان كان يردها الى نصوص رومانية ، الا أن قوامها في الحقيقة هو تقرير العدالة [٢] ، والابتعاد عن منطق النصوص الذي قد يؤدي في بعض الأحوال الى الظلم . وهذه ميزة كبرى لدى Bartole ومما هو جدير بالملاحظة أيضا أن الأستاذ لم يضع نظرية عامة [٣] ونظاما système يرجع اليه لحل الصعوبات بل ناقش كل حالة على حدة casuistique وتوسع في التقسيمات والتفريعات scolastique . وربما كانت هذه ميزة أيضا لأن اعطاء الحلول الفردية أقرب الى تحقيق العدالة من وضع مبادىء شاملة قد تخيب في بعض الأحوال عند التطبيق [٤] . لذلك كان لأفكاره تأثير كبير في أتباعه الذين أوصوا باتباعها ، الى أن ظهرت نظرية الأحوال في فرنسا في القرن السادس عشر .

---

(١) انظر Lerebours-Pigeonnière . في مختصر دالوز ١٥٠ وكذلك Lainé . ١ . ١٥٧ عكس ذلك Clunet. Surville ١٩٢١ . ٥ .

(٢) ومن المشاهد أن Bartole وان كان قد اعتاد أن يرد حلوله الى النصوص الرومانية الا أنه انتهى بالخروج عليها في أغلب الأحوال Lévy-Ullmann . ٣٢٠ .

(٣) وينتقد آخرون أيضا تسمية هـذه النظرية « بنظرية الأحوال » لأنها لا تقوم على التمييز بين الأحوال الشخصية والعينية كما سنرى في نظرية الأحوال الفرنسية . فيرى أصحاب هذا الرأي ان نظرية الأحوال نشأت في فرنسا وان كانت ترجع في أصلها الى ايطاليا انظر Lainé . ١ . ١٣١ . ونحن من هذا الرأي .

(٤) انظر Lainé . ١ . ١٤٣ وفي مميزات هذه النظرية انظر Bartin . ١٢٩ ومابعدها .

وقد نقد البعض تسمية الحلول المتفرقة التى أتى بها المحشون وخلفاؤهم « النظرية الايطالية القديمة » لأن هؤلاء العلماء لم يضعوا فى الواقع نظرية يرجع اليها كما رأينا . ومع ذلك فان كثيرا من المؤلفين قد أخذوا بهذه التسمية لسهولة التفرقة بين النظرية الايطالية الحديثة التى وضعها Mancini وأفكار هاتين المدرستين .

المبحث الثالث

فى

نظرية الأحوال الفرنسية (القرن السادس عشر)

٩١ — ظلت نظرية Bartole بين أيدى خلفائه فى ايطاليا وفرنسا يتعهدونها بكل عناية ، لا يضيفون اليها جديدا أو تغييرا محسوسا ، الى أن أخرج Dumoulin نظريته فى القرن السادس عشر ، فعاشت الى نهاية القرن الثامن عشر . ولقد قام الخلاف بين الكتاب حول معرفة ما اذا كان Dumoulin يعد متمما لعمل Bartole وبالتالى للنظرية الايطالية القديمة ، أو مبتكرا لنظرية جديدة أصبحت فيما بعد تعرف باسم نظرية الأحوال الفرنسية .

تكاد الأغلبية [١] تقر هذا الرأى الأخير رغم وجود شبه بين طريقة Dumoulin وطريقة أسلافه ، وذلك نظرا لما أتى به من أفكار وتقسيمات جديدة .

٩٢ — كان Dumoulin (١٥٠٠ — ١٥٦٦) محاميا قبل أن يكون أستاذا ، فتأثر كثيرا فى نظرياته بخبرته العملية و بفتاويه التى كان يفتيها لمصلحة عملائه . وقد اشتغل بالسياسة وكان من مبادئه ضرورة توحيد القانون فى فرنسا . فأدى ذلك الى اضطهاده من جانب السادة الاقطاعيين فخربوا منزله واضطروه

---

(١) انظر Meylan «Les statuts réels et personnels dans la doctrine de Dumoulin» Mélanges Fournier 1929. p. 511 et suivants وكذلك Barde نبذة ١٠ وعكس ذلك Lainé . ١ . ٢٢٣ .

للمهاجرة ؛ فغادر فرنسا الى المانيا حيث عين أستاذا فى احدى جامعاتها ، وبدأ فى وضع نظريته الجديدة عن طريق شرحه لقانون Cunctos populos . ومما تتميز به نظريته ، أنه أدخل عنصر الارادة لمعرفة القانون الذى يحكم العقد. فقال ان هذا القانون هو قانون ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية ، أى المستفادة من ظروف العقد . فيحتمل اذن أن يكون هذا القانون خلاف قانون محل العقد . وهذا الحل يخالف تماما ما قال به Bartole من قبل . ولذا يعتبر Dumoulin أنه أول من قال بمبدأ كفاية الارادة Principe de l'autonomie de la volonté[1] .

ولم يصل Dumoulin الى القول بقانون ارادة المتعاقدين طفرة بل قدم لذلك بتقسيمات للأحوال تتلخص فيما يلى : أن الأحوال statuts اما أن تكون متعلقة بالشكل أو بالموضوع . ومثال الأولى ، أن يتطلب قانون اقليم معين حضور شاهدين لصحة تصرف من التصرفات من حيث الشكل . فاذا تم ذلك ، فالتصرف صحيح فى جميع الأقاليم ، أى أن هذا القانون يعترف به فى خارج الاقليم . فاذا كانت الأحوال متعلقة بالموضوع ، فاما أن تكون للارادة اعتبار فيها وأما لا ، أى أن يكون القانون فقط هو المنظم لها . فان كان الأول ، فقد رأينا أن Dumoulin قرر الأخذ بقانون ارادة المتعاقدين على التفصيل السابق . وان كان الثاني فالأمر لا يتعدى واحدا من اثنين ، اما أن يكون الموضوع[2] متعلقا بالأشخاص أو بالأشياء . فان كان متعلقا بالأشخاص ، فالقانون يتبع الأشخاص فى الخارج ، لأن قانون الاقليم فى هذه المسائل انما وجد لأهل الاقليم دون الأجانب[3] . وعند Dumoulin يعتبر القانون متعلقا بالأشخاص أى داخلا

---

(١) وهذه التسمية حديثة وان كان مضمونها معروفا من قبل . وقد أخذ Dumoulin بالمبدأ السابق أولا فى فتاويه المتعلقة بمشارطات الزواج والقانون الذى يحكم استرداد الدوطة . convention matrimoniale

(٢) فالقياس بين الأحوال الشخصية والعينية هو موضوعها لا لفظها كما تقولوا على Bartole .

(٣) انظر Makarov . ٧٨ .

ضمن الأحوال الشخصية اذا كان موضوعه الحالة état أو الأهلية capacité أما اذا كان متعلقا بالأحوال العينية ، فان القانون فى هذه الحالة لا يتجاوز حدود الاقليم [(١)] .

ويرى مما تقدم أن تقسيم الأحوال الى شخصية وعينية . كان معروفا عند Dumoulin ولكن بطريقة ثانوية بحتة ، اذ لم يعتبره التقسيم الرئيسى . وهذا مما يجعله أقرب فى أفكاره الى Bartole منه الى D'Argentré [(٢)] ، ولكنه مع ذلك يختلف عن Bartole فى تقسيماته الجديدة .

ومن جهة أخرى فانه يلاحظ أن Dumoulin كان من أنصار مبدأ اقليمية القانون الذى كان سائدا فى فرنسا قبيل النظرية الايطالية القديمة ، فأحياه من جديد ، وان كان قد سمح ببعض الاستثناآت عن طريق توسعه فى نطاق الأحوال الشخصية على الوجه الذى رأيناه [(٣)] . وعلى أى الأحوال فان Dumoulin قرر فى هذا المنحى جعل المواريث ضمن الأحوال العينية .

ولقد أعطى Dumoulin لفكرة الموطن أهمية كبرى فى تحديد القانون الواجب التطبيق [(٤)] . ولقد صادفت نظريته رواجا فى آخر القرن الثامن عشر ، فأعجب بها Pothier و Merlin ، ويأخذ بها القضاء أحيانا حتى وقتنا هذا [(٥)] .

٩٣ — ولكن ظهرت نظرية جديدة قال بها D'Argentré (١٥١٩ — ١٥٩٠) فى بحث نشره فى سنة ١٥٨٤ . وكان D'Argentré من رجال القضاء

---

(١) انظر Lainé . ١ . ٢٢٧ — ٢٤٨ حيث تجد تفصيلات مفيدة وهامة .

(٢) انظر Bartin . ١ . ١٣٥ — ١٣٦ .

(٣) وموطن الصعوبة اذا كانت الأهلية يقصد بها التصرف فى عقار موجود فى اقليم آخر . فأى قانون يرجع اليه ؟ هل يرجع الى قانون موطن الشخص أو الى قانون موقع العقار ؟ هذا ما ارتبك أمامه Dumoulin ووضع له D'Argentré حلا حاسما . انظر بند ٩٤ .

(٤) وهذا طبيعى اذ لم تكن فكرة الجنسية معروفة فى ذلك الوقت.

(٥) راجع بحث Aubépin . De l'influence de Dumoulin sur la législation Française . ١٣٣ وما بعدها .

فى مقاطعة Bretagne . واشتغل بالسياسة فكان نصيبه النفى ، ومات فى المنفى . وتتلخص أفكاره السياسية فى ضرورة المحافظه على سلطة المقاطعات بجانب سلطة الملك ، وظاهر أن هذه الأفكار مضادة للأفكار التى نفى من أجلها Dumoulin !

٩٤ — لم يخرج D'Argentré نظريتـه على أساس شرحه للنصوص الرومانية كما فعل سابقوه ، ، بل بمناسبة شرحه لمادة من مواد عادات Bretagne المجموعة ، وهى المادة ٢١٨ . وتقرر بأنه يجوز للشخص أن يهب ثلث ثروته ، وليس للورثة أن يطعنوا فى صحة هذه الهبة ، مادامت لم تعمل بقصد الغش en fraude . فتساءل D'Argentré عن طبيعة هذا النص ، وهل يلحق حتى الأموال الموجودة خارج Bretagne فتحتسب ضمن الثلث ؟ جعل D'Argentré عنوان بحثه «الأحوال الشخصية والأحوال العينية De statuts personalibus et realibus» فى سنة ١٥٨٤ [١] فوضع نظريته التى بمقتضاها يقسم الأحوال الى عينية وشخصية ، فأدخل فى الأولى العقارات وكل تصرف له علاقة بالأرض ، سواء كان عقدا من العقود أو وصية . ويلاحظ هنا أنه لم يعول على مبدأ كفاية الارادة كما فعل سابقه . وأدخل المنقولات فى العلائق القانونية التى موضوعها الأشخاص ، لأن المنقولات تلحق الاشخاص [٢] ، فأخضعها لقانون الوطن متأثرا فى ذلك بأفكاره الاقطاعية التى ترمى الى اعتبار الرجال متصلين بالمقاطعات التى يتوطنون فيها [٣] . وهكذا يتميز D'Argentré بطريقته méthode لأنه وضع نظاما وتقسيما واجب الاتباع système ، فلم يتبع طريقة Bartole ومن نحا نحوه فى وضع حلول لكل حالة على حدة ، وكذلك خالفهم فى أنه أهمل التقسيمات

---

(١) أى بعد وفاة Dumoulin .

(٢) لأن المنقولات ليس لها موقع situation ومن ثم يكون قانون موقعها هو قانون موطن صاحبها . انظر Lainé . ١ . ٣٢٢ .

(٣) وهذه هى نفس الأفكار السائدة عند الانجليز حتى وقتنا هذا انظر Lainé . ١ . ٣١٧ .

والتفريعات الكثيرة التى وضعوها ، واكتفى بالتقسيم الرئيسى السالف الذى يمتاز ببساطته . ومن جهة أخرى ، فانه أهمل على العموم نص ...Cunctos .

ونقطة البدايه عند D'Argentré ، هى أن القوانين (الأحوال) statuts لا تمتد فى الأصل خارج الاقليم ، لأن واضعها نفسه لا يتمتع بالسيادة خارج اقليمه [1] . وظاهر أن فى هذا المبدأ مخالفة لنص « الحاشية » الخاصة بمواطن Bologne . والغريب هنا أن D'Argentré قد قرره بمناسبة تفسيره لنص Cunctos Populos .

ووفقا لنظرية D'Argentré كان للقوانين المتعلقة بالأشخاص والمنقولات Statuts personnel أثر خارج الاقليم [2] extra-territorial ، ولكنه قيد هذا الاستثناء ما أمكنه ذلك اتباعا لأفكاره الاقطاعية [3] . فقرر القيدين الآتيين أولا : ان القوانين statuts التى تتعلق بالأموال [4] والأشخاص فى وقت واحد ، أو بما يسمى القوانين المختلطة statuts mixtes [5] تعتبر عينية ، وحينئذ اقليمية ، لأن القاعدة هى العينية والشخصية هى الاستثناء ، فعند الشك تعتبر عينية ، ومثال هذه القوانين ، ما تعلق بأهلية التصرف فى العقارات . ثانيا : لا تعتبر القوانين statuts شخصية الا اذا تعلقت بالحالة العامة للشخص état général أو أهليته capacité كالقوانين التى تقرر البلوغ أو القصر أو الأهلية أو نقصها أو عدمها بصفة عامة (المجنون . السفيه الخ) أما القوانين التى

---

(١) وفقا للمبدأ الشهير "Toutes coutumes sont réelles" .

(٢) وهذا الحكم عند D'Argentré متناقض مع نقطة البداية فى نظريته !! ويعتبره Bartin مخففا للمبدأ السابق انظر مؤلفه . ١ . ١٤٠ .

(٣) فتميز بذلك عن Dumoulin الذى تعلق بأهداب Bartole .

(٤) والمراد العقارات ، لأننا رأينا الحكم بالنسبة للمنقولات ، وعلة اعتبارها اقليمية أن العقارات لها فى هذا النوع من القوانين الأرجحية على الأشخاص .

(٥) ولم يجعل D'Argentré هذا النوع من الأحوال قسما قائما بذاته ، وانما اعتبره كأداة لاعتبار بعض الأحوال عينية . انظر Lainé . ١ . ٣٢٦ . Weiss . ٣٤٩ .

تتكلم عن أهلية خاصة ، كعدم أهلية قبول الهبة بين الزوجين فتعتبر عينية ، أى ان الأولى تتبع الشخص فى الخارج بخلاف الثانية . وحار صاحب النظرية فى تعليل هذا الاستثناء [1] .

ويرى أن نظرية D'Argentré رغم بساطتها الظاهرة تنتهى الى صعوبات عدة فى التطبيق [2] . ومع ذلك فان المؤلفين يعترفون له بأنه قد دافع عن فكرة العدالة ، واعتبرها أساسا للسماح بتطبيق القوانين (الأحوال) الشخصية خارج الاقليم [3] . وهذا هو نفس ما يقول به الكتاب الآن ولكن فى دائرة أوسع نطاقا ، لأن مجهودات D'Argentré قصد بها مصلحة المقاطعات L'autonomie provinciale .

ولم تصادف نظرية D'Argentré ترحيبا فى مبدأ الأمر ، لأنها كانت على عكس الأفكار السائدة فى ذلك الوقت ، من أجل توحيد فرنسا تشريعا وقضاء ، ولكن مع ذلك فان هذه النظرية كانت محلا للاعتبار فيما بعد فى القرن الثامن عشر ، ويظهر أن ذلك يرجع الى النجاح الذى صادفته لدى الكتاب الهولنديين الذين أخرجوا نظرية الأحوال الهولندية ، فكان لها أثرها فى فرنسا فى غضون القرن الثامن عشر .

المبحث الرابع
فى
نظرية الأحوال الهولنديه (القرن السابع عشر)

٩٥ — والآن نعرض لدراسة نظرية الأحوال الهولندية . كانت

---

(١) انظر Lainé . ١ . ٣٢٧ وقارن ٣٣٣ . وهذا الاستثناء لم يعترف به Dumoulin . وانظر أيضا Bartin . ١ . ١٤٢ وتعتبر نظرية D'Argentré هذه بمثابة رد فعل للأفكار السابقة انظر Pillet-Niboyet ٣٨٨ .

(٢) اذ من الصعب ادخال كل القوانين ضمن التقسيمين السالفين كالقوانين المتعلقة بالشكل والالتزامات والاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية . انظر Pillet-Niboyet . ٣٩٦ .

(٣) انظر Lainé . ١ . ٣٢١ و Pillet-Niboyet . ٣٩٨ .

هولندا مقسمة فى هذا العهد الى مقاطعات ، لكل استقلالها الذاتى وتتمتع بحرية واسعة فى التشريع على نسق الجمهوريات الايطالية فى القرن الثالث عشر (١) . وكانت هذه المقاطعات غيورة على تشريعها فلم تسمح بتطبيق تشريع أجنبى الا فيما ندر . ولذلك صادفت نظرية D'Argentré نجاحا كبيرا فى هولندا لما تقول به من اقليمية القوانين . ومن أشهر الكتاب الهولنديين الذين تنسب اليهم النظرية الهولندية Burgundus و Rodenburgh . وقد اقتصروا على شرح أفكار D'Argentré . ولكن المبتكرين من الكتاب الهولنديين هم آل فويت ، Paul Voet (١٦١٩ — ١٦٦٧) وولده Jean Voet (١٦٤٧ — ١٧١٤) الذى هاجم أفكار D'Argentré مهاجمة عنيفة . وقد توسع هؤلاء الأخيران فى اقليمية القوانين وعينيتها أكثر من D'Argentré . فقالا بتقسيم الأحوال الى شخصية وعينية ومختلطة ، فالأحوال الشخصية ترمى بصفة أصلية الى تنظيم حالة الأشخاص . وأما الأحوال العينية فترمى بصفة أصلية الى تنظيم حالة الأعيان ، منقولة كانت أو عقارية . وقد أدخلا ضمن الأحوال العينية أشكال التصرفات على اختلاف أنواعها (٢) . فمقتضى هذه التعريفات أنه ما دام النص غير متعلق بصفة أصلية لا بالأشخاص ولا بالأعيان فهو داخل ضمن الأحوال المختلطة . ومعنى دخوله فى هذه الأخيرة أنه يصبح اقليميا .

فأصحاب النظرية الهولندية لا يقبلون هوادة فى اعتبار الأحوال العينية والأحوال المختلطة ، حسب تعريفهم ، ضمن القوانين الاقليمية ، أى تلك القوانين التى لا تتجاوز فى سيادتها حدود اقليمها . أما بالنسبة للأحوال الشخصية فتعامل

---

(١) ورغم ذلك فان الحلول التى قالت بها النظرية الايطالية لم يؤخذ بها فى هولندا حيث ظهرت فيها نظرية مضادة تماما . انظر Pillet . ١ . ٥٣ . انظر فى تفسير ذلك Bartin . ١ . ١٤٥ هامش ٤ .

(٢) فالشكل الذى يتم فيه التصرف والاجراءات التى تتعلق به تصبح ضمن القوانين الاقليمية . انظر Lainé . ٢ . ١٠١ . ومن هنا يرى أن هذه النظرية تفوق فى اقليميتها نظرية D'Argentré .

فى الأصل نفس المعاملة ، ولكن مع ذلك قد يسمح لها بأثر خارج اقليمها فى بعض حالات ضيقة ، مثالها أن يكون الشخص متوطنا فى اقليم معين ، فمحاكم هذا الاقليم يحق لها أن تطبق تشريع ذلك الاقليم على تصرفات هذا الشخص التى عقدها فى الخارج ، على أن يكون تطبيقها مقصورا على مسألتى الحالة والأهلية [١] .

٩٦ — والواقع أن نظرية D'Argentré ، كانت تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية بناء على فكرة العدالة وتنفيذا لالتزام قانونى ، أى أن المقاطعات ملزمة بتطبيق قوانين بعضها فى حدود ما يأمر به القانون . ولكن أصحاب النظرية الهولندية تغالوا فى الأمر فقرروا أن تطبيق القوانين الأجنبية انما يتم بناء على المجاملة ex-comitate لا تنفيذا لالتزام . فالأصل اذن هو اقليمية القانون ولكن المجاملة [٢] لا القانون تقضى أحيانا وفى أحوال استثنائية ، متروكة لتقدير القاضى opportunité بجواز تطبيق القوانين الأجنبية تحقيقا للمصالح المتبادلة ، ومنعا للاضرار التى تنجم عن عزلة كل دولة واسرافها فى الدفاع عن سيادتها [٣] . فالعدل الكامل summum jus يقضى بتطبيق القوانين الاقليمية ، ولكن المجاملة تقضى باحترام شعور المشرعين الأجانب والسماح بتطبيق قوانينهم على الأراضى الوطنية أحيانا .

وعلى الأساس السالف يقول أصحاب النظرية بأن الأحوال العينية المتعلقة بالعقارات اقليمية . وهذه قاعدة تقليدية ، فاذا تعلقت بالمنقول فانهم أخضعوا هذا الأخير ، على العموم ، لقانون موطن مالكه [٤] . أما الأحوال المختلطة فهى بدورها اقليمية

---

(١) انظر Lainé . ٢ . ١٠٢ . ومن هنا يرى أيضا أن قانون الموطن يحكم الأحوال الشخصية عند الهولنديين كما كان الحال عند D'Argentré وانظر أيضا Bartin . ١ . ١٤٤ .

(٢) ولذلك سميت مدرستهم بمدرسة المجاملة الدولية Pillet-Niboyet . ٣٩٠ .

(٣) ويلاحظ هنا ارتفاع التناقض الذى وجد عند D'Argentré اذ بينما قرر مبدأ الاقليمية سمح باستثناءات قانونية . انظر قبله بند ٩٤ . هامش ٥ و Pillet-Niboyet . ٤٠٠ ولذا تعتبر النظرية الهولندية نظرية منطقية .

(٤) انظر Lainé . ٢ . ١٠٤ . وهذا ما كان متبعا فعلا .

ومع ذلك فقد اعترف بعضهم بقاعدة Locus regit actum . وفى النهاية فان الأحوال الشخصية تتبع الأشخاص خارج اقليمهم فى حدود ضيقة ، بحثوها بمناسبة كل حالة على حدة . وهنا انتقدت نظريتهم اذ تجعل مجالا كبيرا للتحكم arbitraire من جانب القضاة (١) .

ومما امتاز به أصحاب النظرية الهولندية أنهم جعلوا لنظريتهم صبغة دولية فلم يقصروها على التنازع بين قوانين الاقليم Conflits de statuts بل شملت التنازع بين قوانين الدول Conflits de lois وهكذا تطورت نظرية الأحوال وخرجت من حدودها الضيقة التى نشأت فيها لكى تطبق فى محيط أوسع بين قوانين الدول المستقلة .

هذا وقد أصبح استعمال اصطلاح تنازع القوانين Conflits de lois معتادا وشائعا بفضل هؤلاء الكتاب الذين خلدوه فى مؤلفاتهم (٢) .

المبحث الخامس

فى

نظرية الأحوال الفرنسية (القرن الثامن عشر)

٩٧ — ازدهرت نظرية الأحوال فى خلال القرن السابع عشر فى هولندا فكان لها أثرها عند الكتاب الالمان (٣) ، واكتفى الفرنسيون فى هذا الوقت بملاحظة هذه الحركة العلمية خارج بلادهم ونقل هذه الأفكار عندهم . ثم تخصصوا بعد ذلك لدراستها . ومن أهم الدراسات تلك المحاضرات التى كانت تلقى

---

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٤٠١ فى نقد النظرية الهولندية .

(٢) ومنهم العلامة Ulric Huber الذى وضع ثلاث بديهيات ذات صبغة عملية لحل مسائل تنازع القوانين . ولا نرى هنا محلا لدراستها اذ لا تبتعد كثيرا عن الخصائص العامة للنظرية ولذا نكتفى بالاحالة على Lainé . ٢ . ١٠٧ وما بعدها .

(٣) وعلى الأخص Hertius . وانظر بعده بند ١٢٤ .

فى مكتبة برلمان باريس . وقد دامت نحو الخمس سنوات [١] . ومن نتائج هذه المحاضرات أن ظهر كتاب جدد يتميزون بأفكار جديدة . وأهم هؤلاء الكتاب Boullenois و Froland و Bouhier[٢] . وقد بحثوا نظرية الأحوال ، وانتهوا الى وضعها فى شكل جديد .

ومما يلاحظ على مجهوداتهم فى هذا الصدد أنهم رفضوا أغلب أسس النظرية الهولندية ، فخففوا كثيرا من حدة مبدأ اقليمية القوانين . ولذلك قيل ان الكتاب فى هذا العهد تأثروا بأفكار[٣] Dumoulin ، أكثر من تأثرهم بأفكار D'Argentré . ولذا تتميز حلولهم بأنها تسمح بتطبيق التشريعات الأجنبية فى أحوال أكثر من سابقيهم .

٩٨ — ولا يمكننا أن نعرض هنا نظرية كل كاتب على حدة ، خصوصا وأنهم قد تأثروا جميعا بأفكار واحدة وروح واحد ، ولذا نكتفى ببيان المميزات الرئيسية لنظرية الأحوال فى ذلك العهد .

٩٩ — وتتميز نظرية الأحوال الفرنسية فى القرن الثامن عشر بخصائص ثلاث :

الأولى : أن القوانين (الأحوال) تنقسم الى قسمين كبيرين ، قوانين عينية وقوانين شخصية .

وهذه الخاصة أهم الخصائص الثلاث . وقد رأينا أن D'Argentré عرف بجانب هذا التقسيم الأحوال المختلطة .

والتقسيم الثنائى يفهم على وجهين : الوجه الأول : بالنسبة لموضوع القوانين . فيعتبر القانون عينيا اذا كان موضوعه تنظيم حالة الأعيان بصفة أصلية على

---

(١) وقد نظمت هذه المحاضرات بسبب اهداء الأستاذ Repurfond مكتبته لبرلمان باريس (الذى كان محكمة فى ذلك العهد) وكان ذلك فى سنة ١٨١٧ .

(٢) انظر Lainé . ١ . ٤١٨ وكانت طريقتهم تقوم على افتراض صور للتنازع ثم وضع حلول لها .

(٣) انظر Lainé . ١ . ٤٢٤ .

الأقل . كما يعتبر القانون شخصيا ، اذا كان موضوعه تنظيم حال الأشخاص بصفة أصلية على الأقل . الوجه الثانى : بالنسبة لنطاق تطبيق القوانين عند التنازع ، أى بالنسبة لآثارها ab effectu : فيعتبر القانون عينيا اذا وقفت آثاره عند حدود اقليمه ، أى أن للقانون نفس نطاق الأرض التى يسود فيها ، ولذلك كانت سيادته مطلقة absolu ، أى أنه سار على جميع الأشخاص بغض النظر عن موطنهم الأصلى . ويعتبر القانون شخصيا اذا تبع الأشخاص خارج الاقليم المتوطنين فيه .

ولقد اعترف أصحاب هذه النظرية بأن تقسيمهم ناقص، لا يمكن أن يحوى جميع القوانين ، وعلى الأخص ما تعلق منها بالشكل . وعندما رأوا أن الانتقادات قد انهالت عليهم ، فى هذه الناحية ، حاولوا سد النقص ، ملتجئين الى وسائل عدة (١) .

الثانية : أن العينية فى القوانين هى الأصل ، وأن الشخصية هى الاستثناء: ويفهم من هذا أن القسمين السالفين غير متساويين . فالقوانين العينية لها الغلبة ، والعلة فى ذلك ظاهرة ، وهى أن هذه الصفة منسجمة مع المبادىء الاقطاعية . أما القوانين الشخصية فهى أقلية ، ولذلك سمح بها عن طريق الاستثناء . وقد قال بذلك من قبل أصحاب النظرية الايطالية القديمة (٢) . وعلى ذلك اذا قام الشك حول قانون هل هو عينى أو شخصى ، فيعتبر أنه عينى ، لأنه يشترط فى الاستثناء أن يكون صريحا .

الثالثة : أن مناط عينية القوانين احترام السيادة الاقطاعية ، ومناط شخصية القوانين ، بصفة عامة ، احترام فكرة العدالة : فعينية القوانين متفقة تماما مع المبدأ الاقطاعى القديم ، وهو أن العادات عينية Toutes les coutumes

---

(١) ويضيق نطاق هذا الكتاب عن بحث هذه الوسائل لذلك نكتفى بالاحالة على Lainé ٢ . ٣٤—٦٨ .

(٢) انظر Lainé . ١ . ٣٢٣ و٢ . ١٩ حيث تجد تفسيرا لضوابط التفرقة بين نوعى القوانين . ومنها يتبين أن القوانين الشخصية لم تكن قليلة العدد فى ذاتها .

sont réelles . وأما شخصية القانون فترتكز عند هؤلاء على اعتبارات المجاملة والمصلحة المتبادلة [١] . وقد نقلوها عن النظرية الهولندية ، وأضافوا اليها ضرورة تحقيق العدالة . وهى الفكرة التى سادت عند أصحاب النظرية الايطالية القديمة ، وكذلك عند D'Argentré . ولكن متى يستلزم تحقيق العدالة اعتبار القانون شخصيا ؟ هذا ما اختلفت فى شأنه الاجابات ، ووضعت من أجله مقاييس مختلفة ، ليس هنا مجال بحثها [٢] .

والخلاصة أن نظرية الأحوال الفرنسية فى القرن الثامن عشر كانت تقوم على الخصائص الثلاث السالفة . ولكن لم يكن من المتيسر لأصحابها أن يتفقوا على جميع الحلول التى تقول بها النظرية ، أو بعبارة أخرى ، كان هنالك اتفاق تام بينهم على الكادر العام لهذه النظرية ، وفى الوقت نفسه ، اختلاف ظاهر على كيفية تطبيقه . وهذا هو الوضع الذى كان سائدا فى فرنسا قبيل تجميع سنة ١٨٠٤ [٣] .

١٠٠ — وقد صادفت نظرية الأحوال على وجهها السالف انتقادات كثيرة [٤] . ومع ذلك فمن الكتاب الحديثين من أحلها محل الاعتبار ، ولو أنه رفض الأخذ بها . فيعترف العلامة Savigny بكثير من حلولها ، ولكنه مع ذلك لم يأخذ بتقسيماتها .

وأهم ما يؤخذ على نظرية الأحوال ، على العموم ، أنها ترتكز على الأفكار الاقطاعية ، التى أصبحت غير متلائمة مع المبادىء الحديثة . فقد انتهى عصر تقسيم الدول الى مقاطعات ، لكل مقاطعة تشريعها ، وحققت فرنسا الاتحاد التشريعى قبيل سنة ١٨٠٤ ، لذلك كان من الطبيعى أن تطرح نظرية الأحوال جانبا عند وضع المجموعة المدنية .

---

(١) انظر Lainé . ٢ . ٨٨ و Bartin . ١ . ١٤٦ .

(٢) انظر Lainé . ٢ . ٧٧ — ٩٣ . ورسالة الدكتور حسن بغدادى . القاهرة . سنة ١٩٣٦ .

(٣) انظر Bartin . ١ . ١٤٦ .

(٤) انظر Surville . ٣٨ وما بعدها .

ويقول النقاد بهذه المناسبة أن هذه النظرية تضع الاعتبارات المتعلقة بالمـال فى المكان الأول ، اذ جعلت الأصل فى القوانين أنها عينية ، مع أن القوانين قد وضعت فى الأصل من أجل الأشخاص .

١٠١ — هـذه هى الانتقادات العامة على النظرية ، ولـكن هنالك انتقادات خاصة تتلخص فى الآتى :

أولا : أن تقسيم القوانين الى عينية وشخصية تقسيم ناقص وفاسد . ويظهر نقصه فى أنه توجد جملة قوانين أخرى يصعب اعتبارها عينية أوشخصية ، كالقوانين المتعلقة بأشـكال التصرفات ، وقوانين الالتزامات وقوانين الاختصاص وقوانين تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فهى قوانين عامة ، لاتهتم بصفة أصلية لا بالأموال ولا بالأشخاص ، ويصعب ادخالها تحت أحد التقسيمين السالفين . ولقد حاول أنصار نظرية الأحوال المختلفون التغلب على هذه الصعوبة عن طريق ايجاد تقسيم ثالث هو الأحوال المختلطة ، وعن طريق ارهاق التقسيمين السالفين ، وادخال القوانين عنوة فى أحدهما على حسب تفـكير كل كاتب ، وهكذا انتهت الأمور الى الفوضى ووجد المجال خصبا للخلافات الـكثيرة . أما كونه تقسيما فاسدا ، فيظهر فى صعوبة القول بأن هناك قانونا شخصيا محضا ، أو قانونا عينيا محضا ، اذ القاعدة أن القوانين تنظم علائق الأشخاص وأموالهم ، وفى كل علاقة قانونية يوجد الشخص والمال عادة ، فالقول بوجود قانون شخصى محض وآخر عينى محض مخالف لطبيعة الأشياء . وانما يكون من الأوفق القول بأن هناك قوانين تغلب فيها الصفة العينية ، لأنها تهتم بتنظيم حال المال ، بغير اهتمام بالشخص فى ذاته ، كالقوانين المنظمة للملـكية ، وكما أن هنـاك قوانين تتغلب فيها الصفة الشخصية اذ تنظم حال الأشخاص ، بصفة أصلية ، دون أن تهتم بحال المال الواقع عليه التصرف ، كالقوانين المتعلقة بالأهلية . عندئذ يكون التقسيم معقولا . ولـكن هذا لا ينفى مطلقا نقصه من الناحية التى أشرنا اليها .

ثانيا : أن نظرية الأحوال تخلط بين عينية réalité القوانين واقليميتها territorialité ، وكذلك بين شخصية القوانين وخروجها عن الاقليم

extra-territorialité ، مع أنه يجب التمييز بين هذه الاصطلاحات كلها . فعينية القوانين يراد بها تعلقها بالأموال ، منقولة كانت أو عقارية . فمحل الاعتبار اذن هنا هو موضوع القانون ، واقليمية القوانين يراد بها سريان القانون على الأشخاص والأشياء الموجودة فى داخل اقليم معين . فمحل الاعتبار هنا هو نطاق القانون . وكان من اللازم اذن عدم الخلط بين موضوع القانون ونطاقه ، اذ من المحتمل أن يكون القانون اقليميا ، ومع ذلك يكون متعلقا بالأشخاص ، كما نرى فى القوانين الخاصة بحماية الأفراد ، كقوانين التأمين الاجتماعى les lois d'assurance sociale وكذلك بعض النصوص الجنائية الخاصة بحماية الأرواح ، كالقوانين الخاصة بالعود مثلا récidive فهى قوانين اقليمية ومع ذلك موضوعها الأشخاص دون الأعيان . ومن جهة أخرى فان شخصية القوانين يراد بها تعلقها بالأشخاص ، فمحل الاعتبار هنا هو موضوع القانون ، وخروج القوانين عن الاقليم يقصد به سريان القانون على أشخاص أو أشياء[1] موجودة فى خارج الاقليم . فالخلط هنا حاصل بين موضوع القانون ونطاقه ، والواجب التمييز بينهما كما قدمنا . فمن المحتمل اذن أن يكون القانون شخصيا ولكن ليس له أثر خارج الاقليم كما هى الحال فى أغلب نصوص قانون العقوبات ، ومن المحتمل على العكس أن يكون القانون عينيا وله أثر خارج الاقليم كما هى الحال بالنسبة لقوانين المواريث ، حسب بعض التشريعات . كل هذا لا ينفى أنه فى كثير من الأحوال تكون القوانين العينية اقليمية ، والقوانين الشخصية لها أثر خارج الاقليم ، وهذا هو منشؤ الخلط السالف[2] .

ثالثا : أن نظرية الأحوال نظرا لبعدها عن الدقة كما بيناه تترك المجال واسعا

---

(١) والغالب أن هذه الأشياء منقولات اذا ما طبق عليها قانون الموطن طبقا لبعض التشريعات كالقانون الفرنسى ، كما يحتمل أيضا أن تكون عقارات كما هى الحال فى التشريعات التى تخضع المواريث لحكم قانون الجنسية فى المنقولات والعقارات على السواء كالتشريع الايطالى والتشريع المصرى المادة ٧٧ م . مختلط .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٣٨٥ وقبله بند ٧٩ هامش ٢ .

أمام القاضى وهذا مما يؤدى الى التحكم arbitraire ، اذ تفتح الباب على مصراعيه أمام المؤثرات التى تختلف بحسب عقيدة القاضى subjectivisme ولا يخفى ما فى ذلك من الاضرار بالعدالة ومصلحة المتقاضين ، اذ تزول الطمأنينة اللازمة .

١٠٢ — ورغم الانتقادات السالفة ، فان كثيرا من الحلول التى قالت بها النظرية ما زالت متبعة الى الآن . فتقسيم المرافعات الى اجراءات شكلية ordinatoria وأخرى موضوعية decisoria كقواعد الاثبات مثلا ، مأخوذ به حتى يومنا هذا . وكذلك القاعدة التى تقول بأن شكل التصرف خاضع لقانون بلد ابرامه Locus regit actum مطبقة فى أغلب التشريعات . وقد رأينا أن هذه القاعدة قد ظهرت بمناسبة شكل الوصية التى تحرر فى Venise وبقيت حتى اليوم .

تلك هى حال نظرية الأحوال فى فرنسا فى القرن الثامن عشر ، فهل أثرت فى التشريع الفرنسى ؟ هذا ما سنبحثه الآن .

المبحث السادس

فى

نظرية الأحوال والمجموعة الفرنسية (١٨٠٤)

١٠٣ — وجد واضعو المجموعة الفرنسية أنفسهم أمام خلافات عدة بين أصحاب نظرية الأحوال . فالحلول التى قالوا بها متناقضة والمبادىء الأساسية التى تتميز بها نظريتهم كانت محل جدل ونقد شديدين من جانب بعض الكتاب . فهل كان من الممكن أن يعتمدوا على هذه الخلافات فيخلقوا منها نظاما قانونيا فى مسائل تنازع القوانين ؟ هذا ما لا يعتقده الكثيرون ، وعلى رأسهم الأستاذ Bartin [1] فالمفروض عندهم أن المجموعة المدنية الفرنسية لم تأخذ بنظرية الأحوال

(١) انظر ١ . ١٤٧ وما بعدها . وهنالك من الكتاب من أخذ برأى عكسى ومنهم Foelin و Vareilles-Sommières و Aubry et Rau . ومنهم من أخذ برأى آخر مؤداه أن المجموعة المدنية قد قطعت كل علاقة مع نظرية الأحوال كالأستاذ Weiss .

وان كانت أحيانا قد أخذت ببعض حلولها (١) . ويظهر أنه كان من الطبيعي أن يحيد واضعوا المجموعة عن هذه النظرية بعد أن تغيرت الظروف فى فرنسا بزوال تنازع القوانين المحلية ، واصدار مجموعة مدنية واحدة لكل فرنسا . لذلك كان من المقر عليه عند الكتاب ، أن تقسيم الأحوال الى عينية وشخصية ، مع تغليب الأولى ، غير معروف فى المجموعة المدنية (٢) .

١٠٤ — وأهم النصوص الفرنسية فى تنازع القوانين نص المادة ٣ مدنى وهو نص عام لا ينصرف الى حالة معينة بالذات من أحوال تنازع القوانين . ويتكون من ثلاث فقرات (٣) . الأولى : « أن قوانين البوليس والأمن ملزمة لجميع السكان » . الثانية : « أن العقارات خاضعة لحكم القانون الفرنسى ولو كانت مملوكة لأجانب (٤) » . والثالثة : « أن القوانين الخاصة بالحالة وبالأهلية تحكم الفرنسيين ولو أقاموا فى الخارج » .

وعلاوة على هذا النص ، فانه توجد نصوص أخرى خاصة ، سنشير اليها فى

(١) انظر Lévy-Ullmann . ٣٨٦ . ودروسه ١٩٣٤—١٩٣٥ . ١٠٧ وما بعدها .

(٢) انظر Lainé . ٢ . ١١٤ وما بعدها .

(٣) والنص بالفرنسية هو كالآتى :

Les lois de police et de sûreté obligent tout ce qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. 3. C.C.F.

(٤) وايراد النص على هذا النحو فيه اشارة لما يتمتع به السلطان من سيادة على العقار اذ أن العقار له صفتان ، صفته كجزء من الذمة patrimoine ، ويتعلق على هذا الوجه بالقانون الخاص ، وصفته كجزء من أراضى الدولة ، ويتعلق على هذا الوجه بالقانون العام والسيادة . راجع Weiss فى العيد المئوى . ٢٥٩ .

مواضعها [١] .

١٠٥ — ويتبين من قراءة نص المادة الثالثة أنه يحوى فى الحقيقة ، جملة حلول رئيسية دون أن يقرر نظرية شاملة . وأن الحلول الرئيسية التى أتى بها انما تتعلق بالحالة القانونية للأشخاص ، والأموال الموجودة فى فرنسا دون غيرها . وجدير بالذكر أن النص قد أهمل بعض مبادىء رئيسية فى تنازع القوانين، فلم يشر اليها أصلا . فاذا عرضت مسألة فى تنازع القوانين لم يرد بشأنها نص تشريعى ، فمن العبث البحث عن الحل عند أصحاب نظرية الأحوال ، لأن المشرع الفرنسى ، ترك حلولهم ، ولم يذكرها فى المجموعة المدنية وعندئذ يكون القضاء مطلق الحرية فى استنباط الحل الذى يراه ملائما ومتفقا مع ما توحى به العدالة [٢] . فما يلتزم به القضاء الفرنسى هو العمل فقط بمقتضى الفقرات الثلاث السابقة دون غيرها . وأما خارج هذا النطاق فانه يتمتع بحرية كاملة . ولكن فى نفس هذه النقط الثلاث لابد من الاعتداد بأقوال الفقهاء الفرنسيين فى غضون القرن الثامن عشر ، فيرجع اليهم فى تفسير اصطلاحى الحالة والأهلية . . الخ . ومما هو جدير بالاشارة اليه هنا أن كتاب القرن الثامن عشر لم يعرفوا التفرقة بين التنازع القانونى الثابت Conflit immobile والتنازع القانونى المتغير Conflit mobile .

١٠٦ — فالثابت اذن أن النص لم يأت به ذكر لاصطلاحى الأحوال الشخصية والأحوال العينية [٣] . كما أنه لم يأت به ذكر لتطبيق القوانين الأجنبية

---

(١) وأقصد بهذه الاشارة الى المواد ٤٧ ، ٤٨ (الشكل) ١٧٠ ، ١٧١ (خاصة بالزواج) ٩٩٩ ، ١٠٠٠ (وصايا) ٢١٢٨ (رهن تأمينى) ومعلوم أن النصوص ضئيلة العدد مبعثرة بين نصوص القانون المدنى ، ويظهر أن سبب هذه الحالة راجع لتغير الظروف اذ توحدت فرنسا ، وأصبحت قواعد تنازع القوانين المحلية لا تتناسب تماما مع تنازع القوانين الدولى راجع مقال Weiss السابق الاشارة اليه . ٢٥٥ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ١٥٠ وما بعدها . Surville . ٤٦ .

(٣) وان كان البعض يعتمد على الفقرة الثانية للقول بأن ذلك قد أتى ضمنا . راجع Malleville فى المناقشات الخاصة بالمجموعة المدنية الفرنسية فى مجلس الدولة . ١ . ١٢ عكس ذلك Weiss . ٣ . ١٣٦ . ومقاله . ٢٥٧ و Pillet . ١ . ١٢٠ — ١٢٢ .

وعلل ذلك البعض بأن المقصود هو بيان نطاق تطبيق القانون الفرنسى قبل أى اعتبار آخر ! كما أن المشرع الفرنسى أهمل قانون الوطن واستبدله بقانون الجنسية ، تبعا للتوحيد التشريعى فى فرنسا . ولقد زال ما كان مقررا من قبل من أن للمجاملة دخلا كبيرا فى تطبيق التشريعات الأجنبية ، وأصبح الاعتماد كله على فكرة ضرورة تحقيق العدالة . وعلى هذا الأساس سمح الفقهاء بتطبيق القوانين الأجنبية [١] فى أحوال كثيرة ، لم تقل بها نظرية الأحوال فى عهودها السابقة . ونحا القضاء الفرنسى نحو رجال الفقه ، فاعتمد على الفقرة الأولى من المادة الثالثة للقول بأن لهذه القوانين (المذكورة فى الفقرة) صبغة اقليمية ، ومعنى ذلك جواز تطبيق قوانين أجنبية أخرى فى غير المسائل المتعلقة بالبوليس والأمن [٢] . كما أنه اعترف بوجود أحوال statuts أخرى علاوة على الأحوال الشخصية والعينية ، فقال بوجود أحوال متعلقة بشكل العقود و بالالتزامات و بالجرائم .. الخ . وكذلك استند القضاء على الفقرة الثالثة لاجازة تطبيق القوانين الأجنبية فى مسائل الحالة والأهلية الخاصة بالأجانب عن طريق التبادل [٣] .

وعلى العموم فان نصوص تنازع القوانين الفرنسية ، علاوة على غموضها ، فان بها نقص ظاهر ، سعى فى تكملته الفقه والقضاء ، متأثرا فى ذلك بالنظريات الحديثة .

١٠٧ — والخلاصة اذن أن المشرع الفرنسى قد تأثر بنظرية [٤] D'Argentré و بالنظرية الهولندية ، ولكن لا يمكن الاعتماد على هاتين

---

(١) ومن الفقهاء من قرر أن سكوت المشرع الفرنسى عن ذكر أحوال تطبيق القوانين الأجنبية يشعر بعدم سماحه بذلك ، ولكن هذا الرأى لم يعمل به القضاء أصلا .

(٢) والمراد هنا الأمن المدنى la police civile كالجنح المدنية مثلا .

(٣) انظر Surville . ٤٥ الذى أشار الى أقوال بعض المشتركين فى الأعمال التحضيرية بهذا المعنى .

(٤) واجع مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السابع . ٨٠٠ وما بعدها فى تأثير مسلك المشرع الفرنسى فى المشرع المصرى .

النظريتين ، اليوم ، للوقوف على ما تقضى به قواعد تنازع القوانين فى فرنسا ، لأن القضاء [١] متأثرا بالحاجات العملية ، رأى ضرورة التوسع فى تطبيق القوانين الأجنبية ، فأخذ بالنظريات الأخرى التى ظهرت بعد صدور المجموعة المدنية الفرنسية . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فقد رأينا الانتقادات التى وجهت الى نظرية الأحوال فى القرن الثامن عشر ، تلك الانتقادات التى دعت المشرع الفرنسى الى الامتناع عن تقرير النظرية كاملة ، خوف الوقوع فى مثالبها . وكل هذا لا ينفى تأثره بأحكامها .

١٠٨ — فما هى هذه النظريات التى ظهرت بعد صدور المجموعة الفرنسية سنة ١٨٠٤ ، وقبل صدور التشريع المصرى سنة ١٨٧٥ ؟ هناك عدة نظريات ، قال بها الكتاب فى مختلف الدول . ولما كانت هذه النظريات سابقة فى ظهورها على صدور تشريعنا كان من اللازم دراستها كى يمكننا أن نتعرف الى أى حد تأثر بها المشرع المصرى ، وسنعقد لكل منها بحثا على حدة .

المبحث السابع

فى

النظريات الانجلوامريكية (القرن التاسع عشر والقرن العشرون)

١٠٩ — بينما كانت نظرية الأحوال فى أوروبا مثارا للمناقشات ، كانت انجلترا فى عزلة تامة . ولا يعنى ذلك أن العلائق الأجنبية ذات العنصر الأجنبى كانت مجهولة فى انجلترا ، اذ ذاك ، لأن هذا غير متصور . وانما المقصود ، أنه قد تكونت فى انجلترا قواعد خاصة مستقلة لحل مسائل تنازع القوانين . وقد قال القضاء بهذه القواعد . فأصبحت بقوة السوابق القضائية precedent جزءا من

---

(١) واجع مقال Weiss المنشور فى كتاب العيد المئوى للقانون المدنى الفرنسى . ١ . ٢٤٩ .

القانون العام[1] The Common Law .

١١٠ — ولكن حدث فى غضون القرن الثامن عشر أن اتسعت علائق الانجليز بالهولنديين ، فاعتادت جماعة من الطلبة الاسكوتلنديين النزوح الى هولندا للدراسة فيها ، فدرسوا نظرية الأحوال الهولندية ونقلوها الى بلادهم ، حيث صادفت مبادئها بعض النجاح عند الكتاب الانجليز. و بدأت المحاكم الانجليزية تتأثر بلغة هذه النظرية ، فظهرت فيها اصلاحات اقليمية القوانين ، وخروجها عن الاقليم ، بل وأكثر من ذلك ، فقد أعجبتهم فكرة المجاملة فرددتها أحكامهم . فالخلاصة ، اذن ، جملة ، أن المحاكم الانجليزية انتزعت من نظرية الأحوال الهولندية مايتفق والمزاج الانجليزى[2] وتركت الباقى . ولاشك أن أهم مايعجب به الانجليز ، المبادىء الاقطاعية ، وأهمها مبدأ اقليمية القوانين ، حتى اذا سمح بتطبيق تشريع أجنبى فما ذلك الا عن طريق المجاملة Comity . ومن الملاحظ فى هذا الصدد أن تطبيق قانون موقع العقار Lex rei situs كان له الحظ الأول ، أما تطبيق قاعدة ...Locus والأخذ بقانون بلد العقد لحكم الشكل Lex loci actus فلم يؤخذ به الا ابتداء من سنة ١٨٦١ وذلك بتشريع خاص ، أما القانون الذى يحكم موضوع العقد lex loci contractus فلم يكن له حظ كبير فى التطبيق ، وكذلك الحكم بالنسبة للقانون الشخصى lex nationalis .

١١١ — ونحا نحو الانجليز فى دراساتهم لنظرية الأحوال الهولندية ، الكتاب الامريكيون ، ولكنهم بزوا زملاءهم ، ورجعوا للمؤلفات الفرنسية ، فجاءت دراساتهم أوسع نطاقا وأكثر ثمرة ، ونبغ فيهم الكاتب Story بعد أن مهد له كاتب آخر يدعى Livermore وهو كندى من أصل فرنسى . ووضع Story نظرية فى تنازع القوانين مازالت محلا للاعتبار .

---

(١) انظر Lévy-Ullmann فى كتابه Système juridique de l'Angleterre ٥٣ — ٧١ ورسالة Ancel باريس طبعة ثانية ٢٣١ وما بعدها .

(٢) انظر Westlake . ٨ . ومؤلف Cheshire . اكسفورد . ١٩٣٥ .

وعلى العموم فان الفقه الامريكى قد تأثر بنظرية الأحوال كما كانت معروفة فى أورو با اذ ذاك ، كما تأثر من جهة أخرى بالمبادىء المقررة فى المحاكم الانجليزية ، نظرا للشبه الكبير بين النظام القانونى الانجليزى والنظام القانونى الامريكى .

١١٢ — لذلك كان من الطبيعى أن ترتكز النظريات الانجلوأمريكية على سيادة القانون الاقليمية وتغليبها على السيادة الشخصية . وهكذا يمكن أن تعد من هذه الوجهة فى مركز متأخر بالنسبة للتشريعات الأوروبية [١] الأخرى وقتئذ . ولكن من الملاحظ فى العهود الأخيرة أن القانون العام الانجليزى قد تأثر بوجهة النظر الاوروبية ، فأجازت المحاكم الانجليزية تطبيق التشريعات الأجنبية فى أحوال عدة لم تكن تجزها من قبل [٢] .

١١٣ — ورغم وجود تشابه كبير بين أفكار الكتاب الانجليز وأفكار الكتاب الامريكيين ، فانه توجد بينهم فوارق كثيرة تظهر فى أحكام القضاء ، وكان لزاما علينا أن ندرس نظرياتهم ، كلا على حدة ، متبعين فى ذلك ترتيبا تاريخيا .

١١٤ — ومن أشهر الكتاب الذين ظهروا فى القرن التاسع عشر الامريكى Story (١٧٧٩ — ١٨٤٥) . وقد كان قاضيا ثم أستاذا فى جامعة Harvard وأخرج مؤلفه فى سنة ١٨٣٤ . ويمتاز هذا المؤلف بأنه كان الأول من نوعه اذ بحث مسائل تنازع القوانين بأكملها [٣] . فلم يقتصر اذن على بحث بعض المسائل دون غيرها ، بل عنى بوضع نظام système لم يكن معروفا من قبل ، فأثر فى كل مؤلفات اللاحقين له . وعلى الأخص فى انجلترا ، حيث أخذ بأفكاره

---

(١) انظر Weiss المطول . ٣ . ٢٠٣ .

(٢) انظر Clunet-Westlake . ١٨٨١ . ٣١٢ . وكذلك مجلة القانون الدولى الخاص . ١٨٨٢ . ٢٨٥ . وحكم المحكمة العليا الانجليزية المنشور فى Law Times ١٤ أكتوبر ١٨٩٩ و Clunet ١٩٠١ . ١٥٠ .

(٣) وذلك عن طريق بيان الحلول التى قال بها القضاء الأمريكى فى مسائل تنازع القوانين مع تعليقات وملاحظات من جانب الكاتب . وهناك طبعة ثامنة فى سنة ١٨٨٣ . وانظر بحث Kuhn . مجلة أكاديمية لاهاى . ١٩٢٨ . ٢١ .

الكاتب الانجليزى Westlake . كما أن أفكار Story صادفت نجاحا عند الكاتب الفرنسى Fœlix الذى أخرج أول مؤلف شامل فى القانون الدولى الخاص فى فرنسا سنة ١٨٤٣ .

١١٥ — ولقد وضع Story نظريته فى تنازع القوانين كنظرية دولية ، أى أنه لم يقصر حلوله على تنازع القوانين بين الأقاليم . فشملت نظريته أيضا ما يحصل بين قوانين الدول من تنازع . ورغم أن امريكا كانت مقسمة فى ذلك العهد الى مقاطعات ، فانه لم يقف عند حد بحث تنازع القوانين المحلى . ومن الملاحظ أنه تأثر فى آرائه بأفكار الكتاب السالفين له ، اذ كثيرا ما أشار الى Bartole و Dumoulin و Pothier و Merlin . ومع ذلك فانه أهمل تقسيم الأحوال بصفة عامة الى شخصية وعينية ، وخص كل قانون على حدة ، وانتهى الى تقسيمات تقرب من تقسيمات Bartole . كما أنه نقد الكتاب الفرنسيين اللاحقين لدارجنتريه ، لأنهم رجعوا الى التفريعات العديدة التى قالت بنظيرها المدرسة الايطالية القديمة .

١١٦ — ولما كانت نظرية Story دولية ، فانه استعمل مرارا عبارة القانون الدولى الخاص(١) ، بدلا من عبارة تنازع القوانين ، فكان هذا الاستعمال سببا فى شيوع هذا الاصطلاح فى أوروبا فيما بعد .

١١٧ — وتأثر Story مع ذلك بالنظرية الهولندية ، فقرر أن تطبيق القوانين الأجنبية انما يحصل عن طريق المجاملة الدولية Comity (٢) . وهذا

(١) راجع مؤلفه Commentaries on the conflict of laws . ٩٦ .

(٢) ومعنى ذلك أن الأصل فى القوانين أن تكون اقليمية ، ولم يرض بذلك Story فأجاز تطبيق القوانين الأجنبية فى أحوال عدة متبعا فى ذلك طريقة أصحاب النظرية الايطالية القديمة ، المسماة école bolonaise méthode casuistique . ونوجه النظر الى أن اتباع هذه الطريقة متفق تماما مع مسلك القضاء فى أمريكا وانجلترا ، اذ يعطى الحل لكل حالة على حدة cas d'espèce أو Cases دون التورط فى وضع مبدأ عام ينطبق على جميع الحالات المتشابهة Casus similis اذ من المعلوم أن لكل حالة ظروفها المحيطة بها .

ما سارت عليه الأحكام فى أمريكا وانجلترا . فاضطر Story للاعتراف به ، مع تمنيه فى خاتمة مؤلفه ، أن يقصد بعبارة المجاملة الدولية معنى ضرورة تحقيق العدالة بين الأمم أو ضرورة تحقيق العدالة الدولية justice of nations فيكون تطبيق التشريعات الأجنبية من موجبات القانون de droit لا من موجبات المجاملة . كما انه تأثر بها من ناحية أخرى ، اذ اعتبر أن أغلبية القوانين اقليمية حتى ما تعلق منها بالأشخاص . فيرى Story[١] أن سلطة الوصى على أملاك القاصر وشخصه لا يمكن أن تتجاوز حدود البلد الذى قرر له هـذه السلطة . فاذا كان للقاصر أموال فى أمريكا أو وجد هو فيها ، فانه يعامل وفقا للتشريع الامريكى . وهذا الحل نفسه كان مقررا اذ ذاك فى القضاء الانجليزى . وفى الأحوال التى أبيح فيها تطبيق قانون أجنبى ، وكان التنازع متعلقا بالأشخاص ، فانه أخذ فيها بقانون الموطن Law of domicile وفقا للمبادىء الانجليزية .

١١٨ — وظاهر أن نظرية Story جاءت فى مجموعها مزيجا من الأفكار التى كانت سائدة فى أوروبا ، والأفكار الانجليزية الامريكية ، لذلك كان من الطبيعى أن يتأثر بها الكتاب والقضاء فى انجلترا ، على الأخص اذا لاحظنا ازدياد الاتصال بين دول القارة وانجلترا ، مما دعا الى تبادل فى الأفكار القانونية . فظهر فى انجلترا الكاتب الانجليزى Westlake الذى يقرر وجوب السماح بتطبيق القوانين الأجنبية فى بعض الأحوال ، لأن القول بغير ذلك فيه مخالفة صارخة للعدالة shocking to all notions of justice[٢] . فتطبيق القوانين الأجنبية فى انجلترا لا يقوم اذن على مجرد المجاملة . وهذا ما انتهى اليه القضاء الانجليزى بأحكام لها قوة القانون . ومما هو جدير بالملاحظة ، أن الكتاب الانجليز والمحاكم الانجليزية على اتفاق بشأن تطبيق قانون الموطن لحكم مسائل الأحوال الشخصية

---

(١) راجع مؤلفه . ٤٩٠ . وكذلك مؤلف Goodrich «The conflict of laws» ١٩٢٧ .

(٢) وقد عاش المؤلف ١٨٢٨ — ١٩١٣ راجع مؤلفه . ٧ .

personal law . ولو كان هذا القانون أجنبيا[١] . ولقد اتبع Westlake فى بيان قواعد القانون الدولى الخاص فى انجلترا طريقة استخلاص المبادىء من الأحكام والتعليق عليها . وهى طريقة مخالفة لما جرى عليه المؤلفون فى القارة الأوروبية . وقد اتبع فى شرحه للموضوعات المختلفة ترتيب النصوص التى وردت فى التشريع الايطالى . وانتهى Westlake [٢] الى أن تطبيق قواعد تنازع القوانين فى انجلترا مقيد بحصول التنازع بين تشريعات دول متمدينة ، لأن العالم المتمدين وحدة لا تتجزأ . فاذا اكتسب فرد حقا بموجب قانون أو حكم فى بلد أجنبى ، فلا بد من احترام هذا الحق فى انجلترا . وتمنى فى خاتمة مؤلفه زوال الفوارق بين قواعد تنازع القوانين فى الدول المختلفة ، على الأقل ، عن طريق عقد الاتفاقات الثنائية بين الدول ، اذ أنه لا يؤمن كثيرا بفائدة الاتفاقات فى الجمعية . وظاهر أن هذه النتيجة متجانسة كل التجانس مع الأفكار الانجليزية التى ترفض التعميم مقدما .

١١٩ — ومن أشهر الكتاب فى انجلترا العلامة Dicey [٣] . وتتلخص آراؤه فيما يأتى : أولا : أنه يوجد فى قانون كل دولة بعض قواعد قانونية تبين مدى تطبيق القوانين الأجنبية . ثانيا : أن المحاكم الانجليزية لا يمكنها أن تتخلى عن القضاء فى العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى ، كما أنه لايمكنها أن تقضى فيها دائما وفقا للقانون الانجليزى ، لما يترتب على ذلك من انتهاك حرمة

---

(١) ولم تصل المحاكم الانجليزية الى هذه النتيجة طفرة واحدة ، بل رفض القضاء فى أول الأمر تطبيق القوانين الأجنبية على الأساس السابق . راجع Westlake . ٤١ وما بعدها حيث أورد أحكاما عدة فى هذا المعنى . ومن الملاحظ أن الأحكام كانت فى بداية الأمر تصر على تطبيق القانون الانجليزى ، ثم جعلت الأخذ بالقانون الأجنبى اختياريا ، وأخيرا انتهت الى تطبيق القانون الأجنبى فى هذه المسائل وهو ما استقر عليه الرأى .

(٢) راجع مؤلفه . ٤١٥ .

(٣) راجع مؤلفه . ٧ — ٢٣ وقد شرحنا هنا نظريته ، رغم حداثتها ، لأننا نعتقد أن النظريات الانجلوامريكية وحدة لا تتجزأ .

العدالة والاضرار بالانجليز والأجانب على السواء . فيجب اذن أن تطبق هـذه المحاكم قوانين أجنبية فى بعض الأحوال ، بناء على الأساس السابق لا على أساس المجاملة . ثالثا : أنه هناك شبها بين قواعد تنازع القوانين الانجليزية وغيرها من القواعد المماثلة فى تشريعات الدول المتمدينة ، لأن الأغراض التى تسعى لتحقيقها هـذه القواعد واحدة ، وهى احترام آثار الحقوق فى خارج البلاد التى اكتسبت فيها ، سواء اكتسبت بموجب عقد أو حكم . رابعا : أن تسمية هذه القواعد باسم قواعد تنازع القوانين منتقد ، اذ الواقع أن لا تنازع ، وأنه ربما كان من الأولى تسميتها « قواعد القانون الدولى الخاص » .

١٢٠ — هذه هى المبادىء العامة التى ترتكز عليها نظرية تنازع القوانين عند Dicey . أما بالنسبة لما يتعلق بتطبيق قواعد تنازع القوانين ، فقـد وضع الكاتب مبدئين عامين لاختيار القانون وتحديد الاختصاص ، وهما : المبدأ الأول : أن المحاكم الانجليزية تعترف وتنفذ ، على العموم ، الحقوق التى اكتسبت بطريقة مشروعة [١] تحت سلطان قانون دولة متمدينة أجنبية . المبدأ الثانى : غير أنه يستثنى من هذه الحقوق ما كان مخالفا لنصوص القوانين الانجليزية التى قصد أن تسرى فى الخارج [٢] ، أو لسياستهـا العامة the policy of English law ، أو للآداب أو للنظم السياسية السائدة فى انجلترا ، وكذلك ما كان من شـأنه التعرض لسلطان أجنبى فى حدود بلاده .

١٢١ — وعلى خلاف سائر الكتاب السابقين عليـه فى انجلترا ، وفى

---

(١) ويجب أن تعتبر المحاكم الانجليزية أن طريقة اكتساب الحق مشروعة ، وذلك بغض النظر عما يقول به القانون الأجنبى .

(٢) وعبـارته بالانجليزية Where the enforcement of such right is inconsistent with any statute of the Imperial Parliament intended to have extra-territorial operation

ومثله القانون الخاص بالزواج الأجنبى أى الذى يكون أحد طرفيـه انجليزيا Foreign Marriage Act 1892 راجع Dicey ٣٥٠ .

القارة الأوروبية ، وضع Dicey مبادىء خاصة لتحديد الاختصاص . المبدأ الأول: أن محاكم الدولة تختص بنظر المنازعات التى يمكنها أن تصدر فيها حكما محتمل التنفيذ ؛ أى أن Dicey يجعل مكنة التنفيذ أساسا للاختصاص . وهذا مخالف للأفكار السائدة فى القارة . ومع ذلك فاذا لم توجد محكمة يمكن أن تختص على الأساس السابق ، فتكون الأفضلية فى الاختصاص للمحاكم الانجليزية . ومعنى ذلك أن المحاكم الانجليزية لا يجب عليها أن تقضى بعدم اختصاصها اذا ما رأت أنه لا يمكن تنفيذ حكمها ، بل يجب أن تتأكد أولا من وجود محكمة مختصة على الأساس الذى ذكرناه ، فان لم تجد فانها تسترد الاختصاص من جديد . وظاهر أن هذا التحفظ يقصد به التوسع فى اختصاص المحاكم الانجليزية من جهة ، وضرورة تحقيق العدالة من جهة أخرى (١) . المبدأ الثانى : أن محاكم الدولة تختص فى حالة خضوع المتقاضين لها . وهذا هو مبدأ الخضوع المقرر أيضا فى القارة الأوروبية .

١٢٢ — وبعد أن انتهى Dicey من وضع المبادىء المتعلقة بالاختصاص العام انتقل الى المبادىء المتعلقة باختيار القانون ، فقرر ما يأتى : المبدأ الأول : أن طبيعة الحق الذى اكتسب تحت سلطان قانون أجنبى تتحدد وفقا لأحكام هذا القانون (٢) . فقانون موقع العقار هو الذى يحدد طبيعة الحقوق التى يمكن أن تكتسب عليه ، وطرق انتقال ملكيته الخ . وعلى ذلك اذا ثبت أن القانون الاسكوتلندى مثلا هو القانون الذى اكتسب الحق تحت سلطانه ، وكان لا يستلزم توافر سبب Consideration لصحة الالتزام فانه يتبع . المبدأ الثانى : اذا كان القانون الذى يحكم العلاقة القانونية قد اختاره المتعاقدان ، فانه يرجع اليه لتحديد مدى آثار هذه العلاقة . وهذا المبدأ ، كما هو ظاهر ، مقرر لمبدأ كفاية الارادة principe de l'autonomie de la volonté المعروف فى القارة . وكذلك فانه متجانس مع المبدأ السابق عليه ، اذ المبدأ الأول مقتضاه أن

---

(١) انظر Dicey . ٤٣ — ٤٤ .

(٢) مؤلفه . ٥٩ .

القانون الأجنبي يتقرر تشريعيا والمبدأ الثاني مقتضاه أن القانون يتقرر اتفاقيا[1].

١٢٣ — وقد شرح Dicey قواعد القانون الدولي الخاص الانجليزية متبعا طريقة استقراء الأحكام . فاستخلص القواعد من أحكام القضاء ، ورتبها ترتيبا عدديا ثم علق عليها . ولكنه جعل المبادىء التي بنى عليها نظريته فاتحة كتابه فأصبحت بمثابة نصوص تشريعية . وعلى العموم فان نظريته تميل كثيرا الى مبدأ اقليمية القوانين ، كما أنه لا علاقة لها بنظرية الأحوال .

المبحث الثاني

في

النظريات الألمانية (القرن التاسع عشر)

١٢٤ — ولقد رفض الكتاب الألمان بدورهم الأخذ بنظرية الأحوال بعد أن انهالوا عليها بالنقد اللاذع . وقد اعتبروا أن القانون الواجب التطبيق على العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبي بعيد عن أن يتصل بمبدأ اقليمية القوانين ، ولذا اقترحوا اتباع مقاييس جديدة لتعيين هذا القانون . وانتهى الأمر بهم الى ابتكار نظريات جديدة في تنازع القوانين ، لم تكن أغلبية حلولها متبعة فعلا ، وقتئذ ، حتى في المانيا نفسها .

ولقد أدى ذلك الى أن بعض الكتاب الفرنسيين[2] اعتبروا هذه النظريات فلسفية قبل أن تكون عملية .

١٢٥ — على أنه رغم الاختلافات في النظريات الألمانية التي ظهرت في خلال القرن التاسع عشر ، فانها جميعا ترفض الأخذ بنظرية الأحوال كما قدمنا . وكذلك لا تقر هذه النظرية المجاملة كأساس للسماح بتطبيق التشريعات الأجنبية .

---

(١) راجع في شرح نظرية Dicey كتاب الدكتور الزيني . ١٣٧ — ١٥١ .

(٢) انظر Weiss . ٣٦٠ .

ومن الغريب أن تأتى النظريات الألمانية على هذا النحو بينما كانت المانيا فى ذلك العهد مقسمة الى مقاطعات أسوة بفرنسا وهولندا وايطاليا . ولقد رأينا أن هذه الحالة كانت سببا فى نشوء نظرية الأحوال . ولكن يظهر أن الألمان قد تنبهوا الى مثالب هذه النظرية فابتعدوا عنها ، وفضلوا الاجتهاد فى خلق نظريات جديدة ، ربما أتت بنتائج أحسن فى تحقيق العدالة . ويظهر أنهم كانوا موفقين فى هذا الصدد ، وآية ذلك أن الكتاب الفرنسيين الحديثين (١) قد تأثرت أغلبيتهم بالنظريات الألمانية ، وعلى الأخص بنظرية Savigny .

ولقد ظهرت فى ألمانيا عدة نظريات فى تنازع القوانين ، وأشهرها ثلاث : وهى نظرية ڤشتر Wæchter ، ونظرية شـفنر Schæffner ونظرية Savigny وسنشرحها على التوالى .

١٣٦ — نظرية Wæchter (٢) : ظهرت هذه النظرية فى عام ١٨٤١ . وتتلخص فى أن القاضى مقيد فى قضائه بأوامر المشرع . فاذا أشار المشرع باتباع أحكام قانون معين ، وطنيا كان أو أجنبيا فلا مناص من اتباعه . وعلى ذلك اذا قرر المشرع مثلا بأن العقار يخضع لقانون موقعه فيجب اتباع هذا القانون دون غيره . ولكن يحصل أحيانا أن يسكت المشرع عن بيان القانون الواجب التطبيق ، فيجب على القاضى فى هذه الحالة أن يهتدى بروح التشريع فى سبيل معرفة القانون الواجب التطبيق . فاذا كان النزاع متعلقا بزواج تم بين أجانب ، فلاشك هنا فى أن روح تشريع القاضى تقتضى التخلى عن حكم هذا الزواج للقانون الشخصى للزوجين ، لأن المشرع الالمانى فى نصوصه الخاصة بالزواج انما يهتم فقط بالعائلات والرعايا الألمان ، فلا معنى اذن لتطبيق هذا التشريع على الأجانب . فاذا كان الزوج المانيا ، فانه توجد هنا مصلحة المانية جديرة بالحماية ، وعلى ذلك لا يعتبر الزواج صحيحا الا اذا تم وفقا للتشريع الألمانى . أما فى الأحوال التى لا يوجد

---

(١) وعلى رأسهم Bartin فى مؤلفه الحديث . وكذلك الانجليز وعلى رأسهم Dicey .

(٢) ولقد ظهرت هذه النظرية فى مجلة L'Archiv fur civilistische Praxis .

بشأنها نص ، ولا يمكن فيها الاهتداء بروح التشريع ، فيلزم اتباع قانون القاضى لأنه الأولى بالتطبيق .

وظاهر فى هذه النظرية أنها لا تمت بصلة الى نظرية الأحوال ، وأنها تجعل تطبيق القوانين الأجنبية معقودا برضا المشرع دون أى تحكم من جانب القاضى . ولا شك أنها مقبولة فيما توصى به من ضرورة اتباع أوامر المشرع .

ولكن عيبها الرئيسى فى أنها تعول كثيرا على قانون القاضى ، وذلك فى الأحوال التى لايوجد فيها حكم تشريعى صريح أو ضمنى . كما أنها فى هاتين الحالتين لا تأتى بجديد ، اذ تقول بضرورة اتباع الحل الذى يقول به المشرع ، وهذه بديهية معروفة . ولكن ماذا يلزم أن يقول به المشرع لحل مسائل تنازع القوانين؟ هذا ما تلزم الاجابة عنه من جانب واضعى النظريات وهو ما سكت عنه ڤشتر Wæchter [1] . كما أنه يعيب هذه النظرية جعلها الاختصاص التشريعى ملحقا بالاختصاص القضائى ، اذ يتغير الأول فى الغالب تبعا للثانى ، وفى هذا من التأثير فى حقوق الخصوم ما لا يخفى .

١٢٧ — نظرية شفنر Schæffner : ظهرت هذه النظرية أيضا فى سنة ١٨٤١ [2] . وتتلخص فى أن القاضى ملزم باتباع أوامر المشرع فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فى العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى . فاذا لم يوجد نص فى هذا الصدد فان القاضى لا يرجع هنا الى روح تشريعه ، بل يرجع الى قانون الجهة التى نشأت فيها العلاقة القانونية . وتطبيقا لذلك فان حالة الشخص وأهليته تخضعان لقانون موطنه الأصلى ، لأن الشخص قد ولد هنالك . أما بالنسبة للأموال ، فيجب التمييز بين الأموال مجموعة ut universitas كما هى الحال فى المواريث ، فهنا يجب تطبيق قانون الموطن ، لأنه فى هذا المكان قد اكتسب المتوفى

---

(١) قارن Poullet . ٢٨٥ .

(٢) وذلك فى مؤلفه Entwickelung des internationalen Privatrechts . أى رقي القانون الدولى الخاص .

أهليته لتملك الأموال . فاذا كانت الأموال منفردة ut singuli منقولة كانت أو عقارية فيطبق قانون موقعها ، لأن هناك تنشأ العلائق القانونية بشأنها .

ومما يتميز به شفنر أنه بدأ بنقد نظرية الأحوال ، واقترح بدلها النظرية السابقة ، التى تشبه فى بعض أجزائها نظرية فشتر . وقد انتقدت نظرية شفنر بدورها لأنه من الصعب فى كثير من الأحيان تحديد مكان siège نشوء العلاقة القانونية ، أو هل يلزم فى هذا الصدد التمسك بمكان الأشخاص أو بمكان الموضوع أو بمكان السبب المنشىء للعلاقة القانونية (١) ؟

١٢٨ — نظرية سافينى Savigny : وهذه النظرية هى أكثر النظريات الألمانية نجاحا . وقد ظهرت فى مؤلفه (٢) سنة ١٨٤٩ فى الجزء الثامن منه . ومما يدل على أهميتها ، أن ترجم هذا المؤلف الى اللغات المختلفة ، ولم يترجم بعد الى اللغة العربية .

ويتفق Savigny مع السالفين عليه فى ضرورة الأخذ بما يقرره المشرع فى مسائل تنازع القوانين . ولكنه يلاحظ مع ذلك أن أوامر المشرع فى هذا الصدد محدودة ، وأن الصعوبة الحقيقية هى فى الأحوال التى لا يوجد بشأنها نص تشريعى ، والتى من أجلها وضع Savigny نظريته التى صادفت تقدير الكافة فى مختلف الدول (٣) .

١٢٩ — كانت ألمانيا فى عهد Savigny مقسمة الى عدة مقاطعات يسود فى كل منها تشريع خاص . ولكن كان هناك أيضا القانون العام بين كل

---

(١) قارن Poullet . ٢٨٦ و Arminjon . ١ . ٦٨ .

(٢) واسمه System des Heutigen Rominchen Rechts . والترجمة الفرنسية لواضعها Guenoux . وقد عاش المؤلف (١٧٧٩ — ١٨٦١) .

(٣) راجع Makarov . ٨٦ . ونلفت النظر الى أن نظرية Savigny لا ترتكز على النصوص التشريعية ، فأساسها مجهود عقلى بحت Conception rationnelle ، انظر Bartin . ١ . ١٥٦ الذى يقرر بأن النظرية انما وضعت على الأخص بمراعاة حالة المانيا فى ذلك الوقت . و Arminjon . ١ . ٧٣ .

المقاطعات ، وهو القانون الرومانى بالشكل الذى كان معروفا به فى ذلك الوقت . ومن هنا ندرك العلة فى أن Savigny أطلق على مؤلفه اسم « فى نظام القانون الرومانى الحاضر » . فالحالة اذن فى المانيا كانت متشابهة مع الحالة فى فرنسا ، وكذا فى هولندا ، وفى ايطاليا القديمة . ولكن مع ذلك لم يأخذ Savigny بنظرية الأحوال ، بل طرحها جانبا متعمقا فى أبحاثه العلمية ، فابتكر نظرية مازالت محل اعتبار الجميع .

١٣٠ — وتبع Savigny طريقة Story بوضعه مؤلفا شاملا لكل مسائل تنازع القوانين ، وقد بحث فيه مختلف المسائل بطريقة علمية أظهر من طريقة سلفه . ولكنه من الجهة الأخرى رفض الأخذ بأساس المجاملة ، واعتبر أن مقتضيات العدالة وحدها هى التى توجب تطبيق التشريعات الأجنبية ، فحقق بذلك الخطوة التى كان يصبو Story الى تحقيقها . وقد اعتمد Savigny فى تقرير ذلك على أن هناك اشتراكا قانونيا communauté juridique بين كل الشعوب اللاتينية . ففكرة العدالة عند الجميع واحدة ، وعلى الأخص بين الأمم اللاتينية المسيحية التى أخذت بالقانون الرومانى [1] . فاشتراك هذه الأمم فى الديانة (المسيحية) وتطبيقها للقانون الرومانى ، مؤداه الطبيعى أن تتحد حلول مسائل تنازع القوانين عندها جميعا . ومن هنا تتبين لنا الصبغة الدولية الظاهرة لنظرية Savigny ، تلك الصبغة التى وجد نظيرها بشكل أقل عند Story من قبل ، وكذلك عند أصحاب النظرية الهولندية . ووفقا لما تقدم لم يتبع Savigny مبدأ اقليمية القوانين (الأحوال) . أى أنه لم يقل باقليمية القوانين كأصل وشخصيتها كاستثناء ، كما فعل أصحاب نظرية الأحوال ، بل رأى أن تطبيق القانون من حيث المكان يتأثر باعتبارات العدالة ، ولا دخل هنا لمبدأ اقليمية القوانين ، اذ ليس المقصود هو انتصار القانون الاقليمى [2] على غيره من القوانين الأجنبية ، وانما المقصود

---

(١) ومن هنا تظهر الصبغة التاريخية للنظرية .

(٢) وقد رجع Savigny الى هذا المبدأ عند بحثه للقوانين المتعلقة بالنظام العام .

هو تقرير العدالة على وجهها الكامل . فالافتراض مقدما à priori أن القوانين اقليمية لم يصادف نجاحا لدى Savigny ، وكان من نتائج ذلك أنه رفض الأخذ بتقسيم الأحوال الى عينية وشخصية ، ونقد هذا التقسيم مر النقد ، وان كان قد سلم بما فيه من فوائد محدودة .

١٣١ — وقد وجد Savigny نفسه أمام نوعين من التنازع (ا) التنازع الداخلى بين قوانين المقاطعات بعضها مع بعض ومع القانون العام (ب) التنازع الذى له صبغة أجنبية مع قوانين الدول الأخرى . ورغم اعتراف Savigny بوجود فارق هام بين هذين النوعين من التنازع ، وهو وجود قانون عام أعلى loi générale supérieure يرجع اليه للوقوف على حل بالنسبة للنوع الأول(١) فانه مع ذلك لم يفرق بينهما فيما ارتآه من حلول ، لأن الغرض عنده هو تحقيق العدالة ، وتحديد نطاق تطبيق النظم القانونية من حيث المكان ، لا فرق فى ذلك بين نظام وطنى داخلى أو نظام أجنبى (٢) .

١٣٢ — وتتميز الطريقة التى اتبعها Savigny بأنها جاءت مخالفة لكل طرائق السابقين له . اذ أن هؤلاء قد ساروا على طريقة مؤداها بحث القانون نفسه لمعرفة ما اذا كان ينطبق فقط داخل الاقليم على كل الموجودين فيه ، أو يتبع أيضا بعض الأشخاص فى الخارج . فنقطة البداية عندهم كانت تحديد نطاق القانون من حيث هو فى تطبيقه العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى ، فقلب Savigny وضع الأمور ، وسار على طريقة مؤداها البحث أولا عن طبيعة العلاقة القانونية la nature du rapport de droit لمعرفة الى أى قانون من القوانين المتنازعة يمكن أن تخضع هذه العلاقة . فيترك Savigny بحث القانون

---

(١) وكذلك خلوه من كل عنصر أجنبى .

(٢) ومع ذلك فان نطاق نظرية Savigny محدود بحصول التنازع بين تشريعات تقوم على القانون الرومانى . ولم ير مانعا من بحث حالات التنازع مع قانون الولايات المتحدة ، وكذلك مع قانون انجلترا بدعوى أن نظرية الأحوال الهولندية قد أخذ بها فى هذه البلاد .

فى ذاته وسلطة المشرع فى هـذا الصدد ، وكونها مقيدة بحدود الاقليم على النحو الذى رأيناه عند أصحاب نظرية الأحوال ، ويبدأ ببحث طبيعة العلائق القانونية الوصول الى معرفة القاعدة القانونية règle de droit التى تحكمها . فقامت نظريته حول معرفة كيفية اسناد rattachement العلائق القانونيـة الى القواعد القانونية التى يجب أن تحكمها ، أى أن كل علاقة تسند الى القانون الأكثر موافقة لطبيعتها [1] ، وذلك تحقيقا للعدالة .

وتطبيقا على ماتقدم ، قال Savigny ان العلائق القانونية انما هى مظهر لنشاط الأشخاص ، فيجب أولا معرفة القانون الذى يحكم الأشخاص مجردين عن علائقهم. وهذا القانون فى نظر الأستاذ ، هو قانون موطن الشخص lex domicilii [2] ، وليس غريبا أن يقول Savigny بذلك لأن التشريع فى ألمانيا لم يكن موحدا ، كما كانت الحال فى فرنسا بعد سنة ١٨٠٤ . وقد قرر الأستاذ بهذه المناسبة أن التشريع الفرنسى انمـا يوصى بتطبيق قانون الموطن فى الأحوال الشخصية الخاصـة بالأجانب ، متبعا فى ذلك رأى Fœlix الفرنسى (وهو رأى مهجور فى القضاء الفرنسى) . وقياسـا على الأشخاص ، زعم Savigny أن لـكل علاقة قانونيـة موطنا أو محلا assiette ، siège ترتكز عليه كالأشخاص تمـاما [3] ، فيجب البحث عن هـذا المحل ، اذ أن تحديده معناه اخضاع العلاقة القانونيـة لقانون هـذا المحل . فلكل علاقة قانونيـة فى نظره محيط

---

(١) راجع Valéry . ٣٦ و ٤٧٠ و Arminjon . ١ . ٦٩ .

(٢) ويعتقد الأستاذ أن العـلائق القانونية انمـا هى امتـداد مصطنع لشخصية الانسان extensions artificielles de la personne ويترتب على ذلك أنه لمعرفة القـانون الذى يحكمها يجب اتباع نفس الوسـائل التى تتبع بالنسبة للقانون الذى يحكم الأشخاص وحالتهم . أنظر Bartin. ١ . ١٥٩ و Arminjon . ١ . ٧٠ .

(٣) ويحدد الموطن ، عند Savigny ، القانون الواجب التطبيق وكذلك الاختصاص forum domicilii . انظر مؤلفه . ٨ . ٣٦٠ ، حيث يقرر ان تحديد الموطن معقود بالاختيار ، ومن هنا انتهى الى القول بأن معرفة القانون الواجب التطبيق تتوقف فى النهاية على ارادة الشخص .

قانونى ressort juridique تخضع للقانون السائد فيه ، كما أن محاكمه تختص بشأنها .

١٣٣ — ولكن ماهى العوامل données التى يرجع اليها لتحديد التركيز localisation ؟ هنا يظهر شيء من الارتباك فى نظرية الأستاذ ، لأنه بعد أن أشار الى ضرورة اتباع القانون الرومانى ، باعتباره قانونا عاما فى كل أنحاء المسيحية [(١)] سمح باتباع بعض عوامل أخرى جعل لها الأرجحية ، وهى تتلخص فى رغبة أصحاب المصلحة la volonté des interessés ، والاختصاص القضائى العادى la compétence judiciaire normale . فتوطن الشخص فى جهة معينة دليل على رغبته فى الخضوع لقوانينها [(٢)] ، وكذلك اشتراط تنفيذ الالتزام فى جهة ، معناه اتفاق المتعاقدين على تحكيم قانون هذه الجهة ، كما سأبينه حالا . ويجب أن نلاحظ ، مع ذلك ، أن مقتضى هذه النظرية جعل الاختصاص والقانون لمحكمة واحدة .

١٣٤ — فطريقة Savigny طريقة تحليلية analytique لأنها تقوم على تحليل العلائق القانونية . وقد رأينا فى مقدمة هذا الكتاب كيف عرفها . فاذا ماهدانا التحليل الى معرفة مركز assiette هذه العلاقة أخضعناها لقانون هذا المركز . وقد بدأ الاستاذ بتقسيم العلائق القانونية الى أقسام [(٣)] لمعرفة مركزها . فقال ان العلائق

---

(١) أى اتباع ما يشير به من أحكام فى هذا الصدد . وهى أحكام متعلقة بالاختصاص غالبا. وبين الاختصاص والقانون هنا علاقة وثيقة ، لأن أساس الاختصاص هو تركيز العلاقة، وقد رأينا أنه ينبىء عن القانون أيضا . على أن تركيز العلاقة القانونية يتوقف على تحديد طبيعتها ، وتحديد طبيعتها معقود بآثارها . فالمكان الذى تنتج به الآثار هو مركز العلاقة القانونية . انظر Bartin . ١ . ١٦٢ — ١٦٣ .

(٢) وهذه هى فكرة الخضوع الاختيارى la soumission volontaire . انظر Pillet-Niboyet . ٤١٢ .

(٣) ويوجد هنا شبه كبير بين طريقته وطريقة Bartole مع مراعاة فارق واحد، وهو أن التقسيم هنا خاص بالعلائق لا بالقوانين .

المتعلقة بالحالة والأهلية مركزها موطن الشخص ، أو بعبارة أخرى تخضع لقانون موطنه ، والأموال منقولة أو عقارية مركزها موقعها ، أى تخضع لقانون موقعها lex rei situs ، أما الالتزامات فمركزها هو محل تنفيذها ، فتخضع لقانون هذا البلد والمواريث والروابط العائلية الأخرى تتبع قانون الموطن وان تغير . وأما الشكل الخارجي للتصرف فانه يخضع لقانون الجهة التي تم فيها [(١)] .

١٣٥ — على أن Savigny قد أضاف قيدا هاما الى تطبيق القوانين الأجنبية ، ومقتضى هذا القيد الأخذ بفكرة النظام العام [(٢)] ordre public أى انه اذا اقتضى النظام العام فى بلد القاضي ضرورة تطبيق قانون ذلك البلد ، فلا مناص من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، كما اذا أباح القانون الأجنبي تعدد الزوجات ، أو وقوع الطلاق وكان قانون القاضي لا يبيحه فانه يؤخذ بهذا القانون الأخير .

١٣٦ — ويتبين لنا مما تقدم أن نظرية Savigny ذات صبغة عالمية universelle وأنها تضع الحلول مقدما à priori [(٣)] لمختلف مسائل تنازع القوانين ، وأنها اتبعت تقسيمات كثيرة ومختلفة كما رأينا عند Bartole ، ولهذا انهالت عليها الانتقادات من كل حدب وصوب ، فقال عنها ناقد بأنها ليست نظرية بل مجرد طريقة méthode [(٤)] ، وسخر البعض من فكرة تركيز العلائق القانونية . فقرر بعدم وجودها أصلا ، وان القول بذلك ان هو الا اتباع لخيال واسع ، وجرى وراء غير المحسوس . وتساءل آخرون عن المركز القانوني للعلائق التبادلية ، وهل

---

(١) وقد وردت النصوص المتعلقة بقواعد تنازع القوانين فى مقدمة المجموعة الألمانية الصادرة فى سنة ١٨٩٦ وتجدها ملخصة فى مؤلف أبي هيف بك . ٢٦١ .

(٢) انظر بعده نظرية الأستاذ فى النظام العام .

(٣) ويفضل الأستاذ Arminjon أن لو تمسك Savigny بطريقة عكسية a posteriori . انظر مؤلفه . ١ . ٧٤ حيث يعيب على Savigny شدة تمسكه بفكرة الاشتراك القانونى رغبة فى توحيد قواعد تنازع القوانين ، ذلك التوحيد الذى يجب أن ينبنى على الاتفاق ، والاتفاق بدوره يقوم على التسامح المتبادل ، وهكذا نقرب من فكرة المجاملة !!

(٤) راجع Varielles-Sommières . ١ . ١٤٣ وما بعدها .

لها مركزان ؟ ! وكذلك قالوا ان العلائق القانونية يصعب تركيزها فى محيط قانونى واحد ، اذ تنشأ فى محيط وتتصل بآخر (١) فكيف يمكن الترجيح بينهما ؟ ! أما تحديد طبيعة العلاقة القانونية فأمر قد يصعب ويدق . وليس أدل على ذلك من الخلاف القائم حول القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، فالبعض يرى أن طبيعتها تخضعها لقانون الموطن ، كما أن آخرين رأوا وجوب اخضاعها لقانون الجنسية (٢) . ولكن رغم هذه الانتقادات فان للنظرية أتباعا كثيرين حتى وقتنا، وكان لها أثر محسوس فى تكوين علم تنازع القوانين وآية ذلك بقاء اصطلاحات (٣) Savigny الى الآن يستعملها حتى من بالغوا فى انتقاده كالأستاذ Arminjon ، وقد وصف النظرية بأنها غامضة وغير دقيقة وناقصة (٤) .

وظهر فى المانيا بعد Savigny كتاب آخرون ، تأثروا بأفكاره ، وأشهرهم Bar و Zitelmann (٥) . اذ وضع كل منهما مؤلفا شاملا فى القانون الدولى الخاص ، حاويا لنظرية جديرة بالاعتبار فى تنازع القوانين ، وقد يكون فى هاتين النظريتين بعض الشبه مع ماقال به Savigny من قبل ، ولكن لكل منهما مميزاتها الخاصة بها .

المبحث التاسع

فى

النظرية الايطالية الحديثة (القرن التاسع عشر)

١٣٧ — كان القرن التاسع عشر غنيا بنظريات تنازع القوانين ، فلم يقف الأمر عند ظهور نظرية Savigny السالفة بل وجدت نظرية أخرى

---

(١) كالشخص الذى يتصرف فى أموال موجودة فى بلد آخر متى تم التصرف فى بلد غير البلد الذى ينتسب اليه ، فأى قانون يحكم التصرف ؟ وفى أى محيط قانونى يمكن تركيز العلاقة ؟

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٤١٢ .

(٣) rattachement, rapport de droit .

(٤) راجع مؤلفه . ١ . ٧٤ .

(٥) ويعتبر الكاتبان من كتاب القرن التاسع عشر . انظر Makarov . ٨٤ — ٨٥ .

فى ايطاليا عرفت باسم مبدعها Mancini [1] ، كى تحل بدورها محل نظرية الأحوال القديمة ، ويسميها البعض بالنظرية الايطالية الحديثة ، تمييزا لها عن النظرية الايطالية القديمة ، كما أنها تسمى باسم نظرية شخصية القوانين . وقد قال Mancini بنظريته فى درسه الافتتاحى بجامعة تورين فى سنة ١٨٥١ . وبدأها بالكلام على مبدأ الجنسيات كأساس للقانون الدولى العام الحديث . ويقضى هذا المبدأ بأن كل أمة nation متحدة فى الجنس واللغة والمطامع والأفكار يمكنها أن تتحد فتصبح دولة . وكل دولة لاتقوم على هذا الأساس تعتبر دولة مستبدة معتدية . فالمبدأ كما هو ظاهر ذو وجهة سياسية ، اذ رمى به صاحبه الى الدفاع عن توحيد ايطاليا واستقلالها استقلالا تاما عن دولة النمسا . ولقد صادف هذا المبدأ هوى فى نفوس الأوروبيين ، فى ذلك العهد ، تبعا لانتشار الأفكار الحديثة التى تقرر حرية الشعوب. فتلقفه البلچيكيون بالترحاب ، اذ تغنى به Laurent [2] الشارح البلچيكى الكبير ، ولما كان لهذا الشارح احترام كبير فى نفوس الفرنسيين نفذت اليهم نظرية Mancini وصادفت عندهم تأييدا فكان Weiss [3] من أشد أنصارها ، وكذلك Audinet [4] . وغنى عن البيان أن نتكلم عن ذيوعها فى ايطاليا .

١٣٨ — ولكن هذه النظرية التى بدأت سياسية انتهت فأصبحت نظرية قوية فى تنازع القوانين . فقرر Mancini أنه فى مسائل تنازع القوانين لابد من الاعتماد على قانون الجنسية لحل جميع الصعوبات ، وعلل ذلك بأن الدولة انما تضع

---

(١) وقد عاش من سنة ١٨١٧ الى سنة ١٨٨٨ ويظهر أن الأصول الأولى لنظريته ترجع الى مذكرة قدمها بمناسبة اجتماع معهد القانون الدولى فى جنيف سنة ١٨٧٤ وتجدها منشورة فى Clunet . ١٨٧٤ . ٢٢١ و ٢٨٥ . وانظر أيضا Bartin . ١ . ١٦٨ .

(٢) انظر مؤلفه . ١ . ٦٢٦ حيث يقول ان الأمم من عند الله Les nations sont de Dieu .

(٣) انظر مؤلفه المطول . ٣ . ٨٦ .

(٤) انظر مؤلفه . نبذة ٣٠١ و Surville . ٤٢ وهامش ٣ .

قوانينها لأفرادها ورعاياها المقيمين فيها ، اذ يراعى المشرع حالة المناخ والوضع الجغرافى والعادات والآداب فى بلده ، وأن سيادة الدولة الشخصية على رعاياها ولو وجدوا فى الخارج أوسع نطاقا من سيادتها على اقليمها ، لذلك كان من الطبيعى أن تتبعهم هـذه القوانين فى الخارج extra-territoriale [١] ، لأن هذه القوانين قد عملت من أجلهم ، وروعى فى وضعها اعتبارات خاصـة بهم ، فلا يمكن فى الأصل اذن السماح بتطبيق قوانين أجنبيـة على رعايا الدولة ، كما أنه لا يجوز تطبيق قوانين الدولة على الأجانب ، الا اذا وجدت علاقة كافيـة بين وجودهم و بين سيادة الدولة فى اقليمها ، تبرر تطبيق القانون الوطنى عليهم [٢] فيجب اذن التوفيق بين السيادة الشخصية للقوانين الأجنبية والسيادة الاقليمية للقانون الوطنى . وظاهر أنه وفقا لهـذه النظرية ، يحصـل تطبيق القوانين الأجنبية لا بناء على فكرة المجاملة ، ولا بناء على فكرة العدالة تحقيقا لأغراض عملية بحتة لمصلحة الدولة ولمصلحة التجارة فيها ، وانما تطبق القوانين الأجنبية على الأشخاص الأجانب ، لأن هذا هو الوضع الطبيعى للأشياء . فمبدأ شخصية القوانين مأخوذ به هنا ، وفى ذلك مخالفة صريحة لنظرية الأحوال ، وللنظريات الانجليزية لأنها تقول جميعا باقليمية القوانين بصفة أصلية ، وأن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية انما يكون من قبيل الاستثناء ، وقد رأينا مقدار النجاح الذى أصابه قانون الموطن بناء على هذه الفكرة . ولـكن النظرية الايطالية الحديثة قلبت هذا الوضع ، وجعلت تطبيق قوانين الجنسية مبدأ أساسيا وأصليا وجعلت مبدأ اقليمية القوانين [٣] فى المحل الثانى من الاعتبار . وهذا هو أهم ماتتميز به هذه النظرية .

---

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٤٠٧ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ١٧١ و Weiss . ٣٦٧ .

(٣) أى اتباع مبدأ Toutes lois sont nationales . انظر فى هذا الصدد مقالا للأستاذ Lainé منشورا فى مجلة القانون الدولى الخاص . ١٩٠٥ . ٣٠ — ٣١ .

١٣٩ — ولكن Mancini لم يطلق فى الأخذ بمبدأ شخصية القوانين ، بل وضع مبادىء أخرى بجانبه تقيد من تطبيقه ، ويمكن اعتبارها بمثابة استثناءات من المبدأ الأصلى وتتلخص فيما يلى :

أولا : وجوب احترام القوانين المتعلقة بالنظام العام ordre public ، فهذه القوانين اقليمية ، أى أنه يتحتم الأخذ بها ، واهمال القوانين الأجنبية . وقد عرفوا هذه القوانين ، بأنها القوانين المتعلقة بالصالح العام أو صالح الدولة [1] intérêt général ou de l'Etat اجتماعيا كان أو اقتصاديا ، ومن أمثلتها القوانين العقارية أو المتعلقة بالمنقولات ، والقوانين الجنائية ، والنصوص المتعلقة بالقانون العام وقوانين البوليس والأمن أو الثقة العامة crédit public الخ . . . وظاهر أن هذا المبدأ أو الاستثناء صعب التحديد .

ثانيا : وجوب احترام مبدأ كفاية الارادة autonomie de la volonté بمعنى أنه فى نطاق العقود والالتزامات لا بد من الأخذ بالقانون الذى يختاره الطرفان ، وقد رأينا أن هذا المبدأ كان معروفا من أيام Dumoulin .

ثالثا : وجوب الأخذ بقاعدة Locus regit actum ، وذلك فيما يتعلق بالشكل الخارجى extrinsèque للتصرفات القانونية . ومناط الأخذ بهذه القاعدة هو ضرورة مراعاة الاعتبارات العملية التى تقوم عليها ، وكونها قد أصبحت قاعدة تقليدية .

١٤٠ — وقد أثرت نظرية Mancini تأثيرا كبيرا فى التشريعات الاوروبية ، فأخذ بها المشرع الايطالى فى سنة ١٨٦٦ [2] والمشرع الاسبانى

---

(١) انظر Bartin . ١ . ١٦٩ . إذ يقرر أن مسائل الأحوال الشخصية بعيدة عن هذا النطاق ، ومن ثم تخضع لحكم القانون الشخصى ، كما يدخل فى حكمه العلائق العائلية وان كان لها ارتباط بالمسائل المالية ، كنظام الأموال بين الزوجين والمواريث .

(٢) ونورد هنا جانبا من قواعد تنازع القوانين المقررة فى التشريع الايطالى وقد وردت فى المجموعة المدنية الايطالية .

=

سنة ١٨٨٩ فأخضعا لقانون الجنسية المواريث والهبات والوصايا ، وكذلك المنقولات . ويرى أن نطاق قانون الجنسية قد اتسع كثيرا عن ذى قبل ، كما أن قانون الموطن الذى كان متبعا فيما مضى فى مسائل الأحوال الشخصية تنحى لقانون الجنسية[1] . ويلاحظ ذلك فى التشريع الألمانى سنة ١٩٠٠ الذى عدل عن نظرية Savigny الألمانية فيمكننا القول اذن من هذه الوجهة ، أنه نظرا للاستثناءات التى أخذ بها Mancini ، ان قانون الجنسية لا يحكم كل العلائق القانونية للأفراد وانما يحكم فقط ما كان يعد فيما مضى ضمن الأحوال الشخصية مع شىء من التوسع .

= فتقرر المادة السادسة أن حالة الأشخاص وأهليتهم وعلائقهم العائليـة محكومة بقانون الأمة التى ينتسبون اليها .

وتقرر المادة السابعة أن المنقولات تخضع لقانون جنسية مالـكها بشرط أن لا يخالف قانون البلد الذى توجد فيه . وتخضع العقارات لقانون موقعها .

وتقرر المـادة الثامنة أن الحكم فى المواريث والوصايا ، من حيث ترتيب الوزثة ، ونصيب كل منهم وصحة الوصية موضوعا يكون وفقا لقانون جنسية التوفى أو الموصى مهما كانت صفة الأموال وبغض النظر عن قانون موقعها .

وتقرر المادة التاسعة أن شكل التصرفات الحاصلة بين الأحياء والمضافة الى ما بعـد الموت خاضع لقانون البلد الذى أبرمت فيـه . ومع ذلك يجوز للمتصرفين أن يراعوا قانون جنسيتهم اذا اتحدوا فى الجنسية .

وتقرر المـادة ١١ أن القوانين الجنائية وقوانين البوليس والأمن تسرى على كل من يوجد فى ايطاليـا .

وتقضى المادة ١٢ أنه لا يعمل بأحكام القوانين الأجنبية اذا خالفت نطاق النصوص الناهية الايطالية ، أى النصوص المتعلقة بالنظام العام أو بالآداب lois prohibitives .

تراجع بقية النصوص فى مؤلف أبى هيف بك ٢٦٠ — ٢٦١ — وظاهر أن المشرع الايطالى قد تأثر بنظرية Mancini وانه كان أكثر ايضاحا وانسجاما من المشرع الفرنسى كما رأينـاه فى مادته الثالثة . ويراجع بحث Diena . مجموعة أكاديمية لاهاى ١٩٢٨ . ١٧ . وبحث Udina المنشور فى موسوعات Répertoire القانون الدولى .٦ . ومؤلف Anzilotti «عناصر القانون الدولى الخاص » سنة ١٩٣٠ ومؤلف Cavaglieri « دروس القانون الدولى الخاص » سنة ١٩٣٣ .

(١) كما أنه يلاحظ ان الجنسية وفقا لهذه النظرية قد أصبحت أساسا للقانون الدولى العام وكذلك للقانون الدولى الخاص . انظر Bartin . ١ . ١٧٠ .

ولقد أثرت نظرية Mancini أيضا فى اتفاقات لاهاى ، اذ كثيرا مارجعت الى قانون الجنسية ، للقول بتطبيقه فى مسائل تنازع القوانين . وعلى هذا تصبح سلطة القانون خارج الاقليم مؤيدة بالاتفاقات الدولية بدلا من قيامها فقط على قوة النظرية فى ذاتها .

١٤١ — ولم تفلت هذه النظرية من الانتقادات ، فقد قالوا عن مبدئها الأساسى أنه خاطىء ، لأنه يغلب السيادة الشخصية على السيادة الاقليمية ، فالدولة فى الوقت الحاضر تقوم بصفة أصلية على الاقليم (١) . ومن المحتمل وجود أشخاص متحدين فى الجنسية واللغة ولكن لا يكونون دولة (كالأرمن) فأى قانون يطبق عليهم ؟ وكذلك توجد هناك أقليات عدة فى ممالك أوروبا ، ومع ذلك فان لهم جنسية لاتتفق مع مشاعرهم ، فهل يطبق عليهم مع ذلك قانون هذه الجنسية ؟ وقد تنبه Mancini لهذه النقطة الأخيرة . فعند وضع التشريع الايطالى قرر تطبيق قانون الأمة la loi de la nation التابع لها الشخص ، ولم يقرر اتباع قانون جنسيته nationalité (المادة ٦) ودافع عن ضرورة وجود النص كما هو رغبة فى تشجيع مبدأ الجنسيات (٢) . وظاهر أن Mancini نظر الى الجنسية من وجهتها الشخصية ، لامن وجهتها الموضوعية كعلاقة قانونية (٣) . والواقع أن نظرية Mancini متفقة مع المدنيات القديمة المتبربرة ، عند ما كانت الدولة تملى سلطانها فقط على رعاياها التابعين اليها دون غيرهم ، أما الآن فان الدولة تمارس سلطانها وسيادتها على كل القطان فى اقليمها ، فتغليب السيادة الشخصية على السيادة الاقليمية لايخلو من المبالغة (٤) .

ومن الجهة الأخرى ، فان الاستثناءات التى قال بها Mancini من

---

(١) انظر Arminjon . ١ . ٧٦ .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٤٠٨ .

(٣) انظر بعده كتاب « الجنسية » فى هذا المؤلف . ويعتقد الأستاذ Bartin ان هذه النظرية جديرة بأن تصدر عن خطيب لا عن قانونى . انظر مؤلفه . ١ . ١٦٩ و١٧٣ .

(٤) قارن Neumeyer . ١ . ٤٠١ .

شأنها أن تقضى على المبدأ فى ذاته ، لأن نطاقها واسع غير محدود . فما هى القوانين التى تعتبر من النظام العام ؟ ولم تعتبر هذه القوانين استثنائية ؟ ألا يمكن القول بأن اقليمية هذه القوانين أساسها تطبيق مبدأ رئيسى لا استثنائى ، كما هى الحال فى العقارات ، اذ من المقرر خضوعها لقانون محلها ، لا عن طريق الاستثناء بل عن طريق المبدأ [١] .

وعلى العموم فاننا اذا أخذنا بهذه الاستثناءات الثلاثة ، فانا نقلب المبدأ الأصلى رأسا على عقب ، كما أنه سيكون من المتعذر تحديد نطاق تطبيق المبدأ الرئيسى ، وهو مبدأ شخصية القوانين .

١٤٢ — بقى علينا بعد ما تقدم ملاحظتان مكملتان :

أما الملاحظة الأولى — فتتلخص فى أن Mancini قد وضع نظرية doctrine بالمعنى الحقيقى . أما Savigny فانه وضع نظاما système ، لذلك أتى بتطبيقات لا نجدها عند Mancini فى نظريته . على أن الكاتبين يتماثلان من ناحية اعطائهما لأفكارهما صبغة عالمية جامعة ، اذ رغب كل منهما فى أن يأخذ بنظريته المشرعون المختلفون ، ولكن مع ذلك تختلف العلة عند كل ، فعند Mancini العلة سياسية قبل أن تكون قانونية ، كما رأينا عند كلامه على مبدأ الجنسيات [٢] . وأما عند Savigny فان العلة قانونية ودينية ، اذ يقول بتعميم نظامه عند الأمم ذات المدنية المسيحية ، التى تأخذ بالقانون الرومانى ، باعتباره قانونا عالميا مطبقا فى كل العالم اللاتينى على الأقل .

---

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٤٠٩ و Arminjon . ١ . ٨٢ حيث يلاحظ أن النظرية سكتت عن الحكم فى حالة اختلاف الجنسية بين طرفى العلاقة القانونية ، كعلاقة قاصر ووصى مثلا ، فوفقا لقانون جنسية أيهما تتحدد سلطة الوصى ؟

(٢) ومن هنا يظهر ان Mancini قد اعتبر القانون الدولى الخاص فرعا من القانون الدولى العام . انظر Bartin . ١ . ١٦٨ .

والملاحظة الثانية — أن هناك اختلافا فى الطريقة méthode بين نظرية Mancini ونظرية Savigny ، فطريقة النظرية الأولى هى وضع نظام systèmatique ومبادىء عامة تطبق على العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى ، أما طريقة النظرية الثانية ، فهى طريقة تحليلية analytique مدارها تحليل العلاقة القانونية لمعرفة طبيعتها ، فاذا ما وقفنا عليها أمكننا معرفة القانون الذى تخضع له ، فالطريقة الثانية تترك مجالا كبيرا لتقدير القاضى وتأثره ، أو ما يسمى بالفرنسية impressionisme juridique ، بخلاف الطريقة الأولى فان عمل القاضى يقف عند حد تطبيق المبادىء التى تقول بها .

الفصل الثانى

المبادىء العامة
فى
تنازع القوانين فى مصر

المبحث الأول
فى
النصوص التشريعية وتحليلها

١٤٣ — للوقوف على قواعد تنازع القوانين التى تطبقها المحاكم فى مصر، يجب أن نرجع أولا الى النصوص التشريعية المصرية . وأغلب هـذه النصوص موجود فى المجموعة المدنية المختلطة التى صدرت فى سنة ١٨٧٥ ، ولها فى كثير من الأحيان نظير فى المجموعة المدنية الأهلية التى صدرت فى سنة ١٨٨٣ ، ومع ذلك فان هذه النصوص الأخيرة أقل أهمية من الأولى . وترجع العلة الى أن حظ المحاكم المصرية (الأهلية) فى نظر القضـايا ذات العنصر الأجنبى ضئيل . وفى هـذا ما يفسر لنا ، أيضا ، ورود هذه النصوص فاصلة فقط فيما يسمى بتنازع القوانين المحلى (الداخلى) ، أى فاصلة فى التنازع الحاصل بين تشريعات محلية ، تعتبر مصرية بحتة . فاذا كان التنازع حاصلا مع قانون أجنبى فتجرى المحاكم المختلطة عادة على الانفراد بالاختصاص ومن ثم تطبق تشريعها [١] .

والتشريع المختلط كسائر التشريعات الحـديثة يحوى نوعين من القواعد القـانونية . النوع الأول ، القواعد الموضوعية التى يرجع اليها للفصل موضوعيا

---

(١) راجع قبله بند ٨ .

ومباشرة فى العلائق القانونية التى تخضع لسلطانه متى كان التصرف ماليا تم فى مصر بين أشخاص مختلفى الجنسية [١] ، وعلى الأخص اذا كان أحدهم منتسبا [٢] الى دولة من الدول صاحبات الامتيازات . والنوع الثانى ، قواعد تنازع القوانين التى قد تشير بتطبيق القوانين الأجنبية فيما عدا النطاق السالف ، أى فى العلائق القانونية التى لم ترد بشأنها قواعد موضوعية مختلطة لحكمها . فاذا ما عرضت مسألة من مسائل تنازع القوانين أمام المحاكم المختلطة ، فالقوانين المتنازعة فى الغالب ، تشريعات أجنبية بحتة ، لا يزاحمها فى العادة التشريع المختلط ، الذى كان من الطبيعى أن يأتى خلوا من نصوص فاصلة فى مسائل الأحوال الشخصية .

١٤٤ — والنصوص التشريعية المصرية فى تنازع القوانين حديثة العهد [٣] ضئيلة العدد ، كما أن بعضها يخلط بين الاختصاص التشريعى والاختصاص القضائى ، وقد رأينا أهمية التفرقة بينهما . فمن هذه المواد ما يفيد ظاهره أنه قد جاء لتنظيم الاختصاص ، مع أنه لا نزاع فى كونه يحدد أيضا القانون الواجب التطبيق . وأقصد بذلك الاشارة الى المادة ٤ من المجموعة المدنية المختلطة اذ تقول « المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية للتصرف والمتعلقة بالنظام الخاص للزواج statut matrimonial و بالحقوق الآيلة بالارث أو بالوصية ، والمتعلقة بالوصايا تبقى من خصائص de la compétence القاضى المنوط به الحكم فى الأحوال الشخصية juge de statut personnel ، ومتى قدم دفع من هذا القبيل أثناء النظر فى قضية ، ورأت المحاكم لزوم الفصل فى الدفع مقدما ، وجب عليها تأخير الحكم فى الموضوع الأصلى ils devront surseoir وتحديد ميعاد fixer un

---

(١) هذا اذا لم يكن النزاع متعلقا بالعقار ، فتختص المحاكم المختلطة ، ولو كانت الدعوى مرفوعة بين أجانب متحدى الجنسية . المادة التاسعة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

(٢) وأقصد بذلك الاشارة الى أولئك الأشخاص الذين يتمتعون بحماية دولة أجنبية .

(٣) وسنفرد مبحثا على حدة لما كان متبعا فى هذا الصدد قبل نظام الاصلاح . انظر المبحث الثانى من هذا الفصل .

délai للخصم الذى أقيم عليه الدفع ليحصل فيه على حكم نهائى من القاضى المختص . وان لم تر لزوما لذلك تصرف النظر عنه وتحكم فى الموضوع [(١)] . وهذه المادة فى شقها الأول مستمدة من المادة ٣/٣ فرنسى ، وظاهر منها أن المشرع المصرى أراد قصر الاصلاح الذى جاء به على العلائق المالية ، أما علائق الأحوال الشخصية فتبقى خاضعة للنظام القديم ، الذى لا يعرف تفرقة بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . فالتلازم بين الاختصاص والقانون الواجب التطبيق ، ما زال موجودا رغم صدور المجموعة القانونية ، ولو أن نطاقه مقصور على مسائل الأحوال الشخصية . وليس لهذه المادة مقابل فى التشريع الأهلى .

وتقرر المادة ٧٧ مدنى مختلط « يكون الحكم فى المواريث على حسب شرائع الأمة d'après les lois de la nation التابع لها المتوفى — أما حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة أو فى منفعة الأراضى الخراجية فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية loi locale » .

وهذا النص يقابل نص المادة ٥٤ مدنى أهلى مع ملاحظة أن الحكم هنا يكون على حسب المقرر فى الأحوال الشخصية الخاصة بالملة التابع لها المتوفى d'après le statut personnel du défunt . ويهمنى هنا أن أوجه النظر الى أن المشرع المصرى قد استعمل فى النص المختلط عبارة nation كما فعل ذلك المشرع الايطالى من قبل . وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن هذه المادة مستمدة من التشريع الايطالى الذى تأثر بنظرية Mancini . هذا فى شقها الأول ، أما الشق الثانى فيرجع فيه الى ما هو متبع فى مصر قبل نظام الاصلاح . أما النص الأهلى فى نسخته العربية فقد أشار صراحة باتباع أحكام قانون ملة المتوفى

---

(١) انظر ترجمة قوانين المحاكم المختلطة لواضعها محمد كامل مرسى بك وسيد مصطفى بك ٣٧ والمادة فى شطرها الثانى لا تقرر قاعدة اسناد ، وانما تقرر قاعدة متعلقة بالتنظيم القضائى أى قاعدة اختصاص خاص compétence spéciale .

lex religiosa ، ولـكن المشرع اســتعمل فى النسخة الفرنسية عبــارة statut personnel للدلالة على قانون الملة . وهو استعمال قد يبدو غريبا ، لأن اصطلاح statut personnel فى أصله لا يقصد به قانون الديانة كما رأينا عند الكلام فى نظرية الأحوال ، بل يقصد به مجموعة المبادىء والقواعد القانونية التى تنظم حالة الشخص وأهليته . وعلى أى الأحوال فالظاهر من النص ضرورة اتباع أحكام قانون الديانة فيما يتعلق بالمواريث ، وذلك باعتبار أن المواريث ملحقة بالأحوال الشخصية ، اذ سيطبق عليها نفس القانون الذى يطبق على هذه الأخيرة . وفى هذا من التوسع ما لا يخفى ، وسأعود الى هذه النقطة مرة أخرى .

وتقرر المادة ٧٨ مدنى مختلط « وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها la forme الأحكام المقررة لذلك فى قانون جنسية la loi de la nationalité الموصى » .

أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملـكية فى الأموال الثابتة بسبب الاخلال بالقدر المقرر للورثة légitime réserve أو تجاوز الموصى للنصاب الجائز التبرع به quotité disponible أو نحو ذلك etc فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم الملـكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية [1] » .

وهذا النص يقابل نص المـادة ٥٥ أهلى مع ملاحظة أنه هنا يلزم اتباع الأحـكام المقررة فى الأحوال الشخصية الخاصة بالملة التابع لهـا الموصى . d'après le statut personnel du testateur كما أنه لم توجـد فى البداية فقرة ثانية مقابلة للفقرة الثانية من المادة المختلطة . وعلة ذلك أن المشرع المختلط رمى بوضع فقرته الى حماية الدائنين الأجانب على الأخص . ولقد راقت هذه الحماية فى نظر المشرع الأهلى فأدخلها بتشريع خاص فى سنة ١٩٣٣ .

والنصوص التشريعية بشأن الوصـايا متجانسة تمـاما مع النصوص الواردة

---

(١) وهذه هى الترجمة التى نضعها للفقرة الثانية من المادة ٧٨ . وقد وضعت تراجم أخرى لا نقرها ، لما فيها من خلط بين معنى اصطلاحى légitime réserve و quotité disponible .

بشأن المواريث اذ تخضعها لنفس الأحكام ، ما عدا الحكم الاستثنائى الوارد بشأن فسخ ملكية العقارات الموصى بها ، وتأثير ذلك فى حقوق الغير الحسنى النية . وهذا الاستثناء لا نظير له فى التشريعات الأوروبيــة ، فهو من مبتكرات المشرع المصرى . وسنعود الى هذه المسألة بايضاح واف فيما بعد .

وتقرر المادة ١٣٠ مدنى مختلط « تخضع الأهليــة المقيدة أو المطلقة لحكم قانون الجنسية التى ينتسب اليها العاقد » .

وتقابل هـذه المادة فى التشريع الأهلى المادة ١٩٠ « الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصــة بالملة التابع لها العاقد » .

والمادتان كما هو ظاهر متطابقتان مع استبدال قانون الجنسية بقانون الديانة فى التشريع الأهلى .

و يلحق بالنصين السالفين ، ما ورد فى المجموعة التجارية بشأن الأهلية التجارية ، إذ تقرر المادة ١٠ تجارى مختلط « يسوغ لمن بلغ سنه احدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة ، وأما من يبلغ سنه ثمانى عشر سنة كاملة وكان قانون أحوال الشخصية يقضى بأنه قاصر فلا يجوز أن يتجر الا بحسب الشروط المقررة فيه ، وأما اذا كان القانون المذكور يقضى برشده فلا يتجر الا باذن من المحكمة التجارية » .

وتماثلها تماما المادة ٤ تجارى أهلى .

وتقرر المادة ٦٨١ مدنى مختلط انه « لا يعتبر رهن العقار hypothèque الا اذا كان بموجب عقد رسمى محرر فى أحد أقلام المحاكم المختلطة بين الدائن ومالك العقار المرهون تأمينا لوفاء الدين » .

وتماثلها تماما المادة ٥٥٧ مدنى أهلى .

وتعتبر هذه المادة استثناء من قاعدة Locus regit actum . فكل الرهون التأمينية التى يكون موضوعها عقارات مصرية يجب أن تتم فى مصر على الوجه السالف .

ويقرر نص المادة ١٠ مدنى مختلط فى فقرته الأولى أن « قوانين البوليس والأمن les lois de police et de sûreté تسرى على كل القاطنين فى الاقليم » وهذه المادة مأخوذة من نص المادة ٣ مدنى فرنسى فى فقرتها الأولى. وليس لها مقابل فى المجموعة المدنية الأهلية ، وعلة ذلك أن القوانين الأهلية محدودة التطبيق ، فلا تسرى على الأجانب المتازين ، بخلاف المجموعة المختلطة فتطبيقها شامل لكل السكان . ولهذا كان فى الامكان الاكتفاء بالنص المختلط فى هذا الصدد .

ولا يتبقى من النصوص ، سوى النص الوارد فى القانون العثمانى الصادر فى ١٦ يونيه سنة ١٨٦٧ والمعروف باسم لائحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ويقول : « انه يحق للأجانب تملك العقارات فى سائر أنحاء الامبراطورية العثمانية ، ماعدا أراضى الحجاز المقدسة ، بشرط أن يخضعوا للقوانين واللوائح التى يخضع لها العثمانيون فى المسائل العقارية » وفى النص الفرنسى : En se soumettant aux lois et réglements qui régissent les sujets ottomans eux-mêmes (١) .

وهذا النص سار فى مصر الآن باعتباره تشريعا مصريا قبلته الدول عن طريق التعاقد مع الامبراطورية العثمانية . ولم يأت فى التشريعين المختلط والأهلى ما يخالفه . والمستفاد منه أن العقارات المصرية تخضع للقوانين المصرية بغض النظر عن جنسية مالكها .

تلك هى القواعد التشريعية المصرية بشأن تنازع القوانين . وظاهر أنها لا تتجاوز أصابع اليد ، لذلك كانت مهمة المحاكم عسيرة فى تكملتها .

ويلحق بالقواعد التشريعية القواعد الواردة فى المعاهدات ، وسنعرض لها فى حينها ، لأنها فى الواقع نصوص خاصة ، أى متعلقة بموضوعات معينة ، وليست عامة التطبيق كالنصوص التشريعية السالفة .

---

(١) والنص الكامل منشور فى كتاب Young. ٧ . ١ ٣٤١ — ٣٤٥ . وسنعود الى هذه المسألة بايضاح واف فيما بعد . انظر أيضا كتاب Scott . ١٢٤ .

١٤٥ — والواقع أن النصوص التشريعية المصرية يحوط بها الغموض ، وذلك علاوة على ما فيها من نقص ظاهر . ونظرة سريعة الى النصوص السالفة تثبت لنا ، ما تقدم ، بجلاء . فاذا تأملنا فى المادة الرابعة ، وهى المادة الرئيسية التى وضعت المبادىء الأساسية بصفة عامة ، وجدنا أنها لا تنص صراحة على القانون الواجب التطبيق فيما ذكرته من مسائل ، بل اكتفت بتحديد الاختصاص. ومع ذلك فقد رأينا أنه نظرا للتلازم بين الاختصاص التشريعى والقضائى فى مصر ، يمكننا أن نعتبر هذه المادة مقررة للقانون الواجب التطبيق ، وذلك بطريقة ضمنية. فالمحاكم المختلطة اذا ما قضت فى هذه المسائل فى حالة عدم ايقافها للدعوى ، لعدم ضرورة ذلك ، فانها تطبق قانون الجنسية بالنسبة للأجانب ، وقانون الديانة بالنسبة للمصريين ، اذ من الواجب عليها أن تقضى كما يقضى قاضى الأحوال الشخصية لو عرض الأمر عليه (١) . ومن المعلوم أن قاضى الأحوال الشخصية فى مصر ، هو القاضى القنصلى بالنسبة لرعايا الدول المتمتعة بالامتيازات ، والقاضى الدينى بالنسبة للمصريين ، أما الأجانب غير الممتازين فقاضيهم فى ديارهم ! ! وأما الأشخاص الذين لا جنسية لهم ، فلا يعرف لهم بالضبط قاض للأحوال الشخصية ، وان كانت المحاكم المختلطة قد نصبت من نفسها قاضيا فى هذه المسائل (٢) ، متخطية بذلك نصوص لائحة ترتيبها ! ! .

ولكن ما هى هذه المسائل التى يفصل فيها قاضى الأحوال الشخصية ؟ فى النص اضطراب ظاهر ، اذ بدأ بذكر الحالة ، ثم عطف عليها مسائل الأهلية والنظام الخاص بالزواج والميراث . . . الخ .

فهل قصد بذلك ضرب الأمثال أو قصر الأحوال ؟ من المتفق عليه فقها وقضاءا ، أن هذه المسائل وردت على سبيل المثال ، ومن ثم تدخل فى اختصاص قاضى الأحوال الشخصية ، مسائل أخرى لم يذكرها النص ، ومنها مسائل الأوقاف

---

(١) وهذه نقطه هامة وتظهر أهميتها عند ما ندرس نظرية الاحالة Renvoi .

(٢) وذلك بالنسبة للروس اللاجئين . ويلحق بهؤلاء الأشخاص الذين لاينتمون الى دين معين les libres penseurs .

والهبة والوصية بمال معين legs [١] . كما أنه من المتفق عليه أيضا أن بعض المسائل التى وردت فى النص تدخل فى اختصاص القاضى المدنى ، اذا كان النزاع له صبغة مالية بحتة ، كمن يطالب بتثبيت ملكيته لنصيبه فى ميراث المتوفى ، فانه يرفع دعواه أمام المحاكم المدنية . وقصارى القول ان النص لم يضع مقياسا يرجع اليه للتفرقة بين مايدخل فى اختصاص قاضى الأحوال الشخصية ، وما يخرج عنه ، والبحث عن هذا المقياس عقدة العقد [٢] . ومع ذلك فانه لايضاح الأمور ، يجب أن نرجع الى المصدر التشريعى للنص السالف ، أو بعبارة أخرى ، يجب الرجوع الى التشريع الفرنسى مكملا بأقوال فقهائه وأحكام محاكمه [٣] ، كما يجب من جهة أخرى الرجوع الى أحكام النظام الذى كان سائدا قبل الاصلاح لمعرفة ما بقى ، أو ماترك لقاضى الأحوال الشخصية .

ومن أهم المسائل التى وردت بالنص ، مسألة الأهلية . وقد أفرد لها المشرع بعد ذلك نصا خاصا هو المادة ١٩٠/١٣٠ . م . ا . م . واذا رجعنا الى هذا النص ، وجدنا أنه لا يعرف لنا المراد بالأهلية ، المقيدة والمطلقة ، وهل يقصد بها الأهلية العامة والأهلية الخاصة ، كما رأينا عند D'Argentré ؟ كل ذلك لا اجابة عنه .

ولا شك أنه وفقا للنص السالف يدخل الزواج ضمن المسائل المتعلقة بالحالة ، ومن ثم يخضع لاختصاص قاضى الأحوال الشخصية ، الذى يطبق قانونه ، هذا اذا كان الزوجان متحدى الجنسية . ولكن اذا فرض واختلفا جنسية ، فماذا يكون الحل ؟ وما هو القانون الذى يحكم آثار الزواج ؟ وهنا سكت النص سكوتا تاما . كذلك يستفاد من نص المادة الرابعة ضرورة تطبيق قانون الجنسية أو الديانة على

---

(١) وقد ورد النص بشأنها فى المادة ٧٨/٥٥ م . ا . م . وتجب التفرقة بين اصطلاحى Testament و legs راجع Planiol ، ٣ ، ٦١٢ .

(٢) راجع رسالة الدكتور بغدادى السابق الاشارة اليها .

(٣) راجع مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » ، ٧٩٣ .

حسب الأحوال فى المسائل المتعلقة بالنظام المالى للزوجين (١) . وأساس ذلك أن النظام المالى للزوجين ، انما هو فى الواقع نتيجة من نتائج الزواج ، ومن ثم يخضع لنفس القانون الذى يخضع له هذا الأخير ، ولكن من الجهة الأخرى ، فانه من المقرر عند قضاة الأحوال الشخصية الأجانب (٢) أن مشارطات الزواج تخضع فى بعض الأحيان للقانون الذى يختاره الطرفان . فكون النظام المالى للزوجين نتيجة من نتائج الزواج لا يمنع مطلقا من الاتفاق على تنظيمه وفقا لأحكام قانون آخر خلاف القانون الذى يحكم الزواج . فاذا أخذنا بهذا الرأى فانا ننتهى الى القول بأن نص المادة الرابعة من هذه الناحية ليس نصا آمرا impératif ولكنه نص مخير facultatif . ولم يرد فى المادة ما يشير الى ذلك مطلقا .

فاذا انتقلنا فى مسألة المواريث ، وجدنا أن المشرع المصرى قد قضى فيها بحكم يخالف فى كثير من الأحيان ما يتبع عند قضاة الأحوال الشخصية الأجانب. فالمشرع المصرى يرى اخضاع المواريث لقانون الجنسية بالنسبة للأجانب سواء كانت الأموال منقولة أو عقارية ، ولكن قضاة الأحوال الشخصية ، وفقا لتشريعاتهم ، يجعلون فى الغالب ، الميراث فى العقارات خاضعا لأحكام قانون الموقع . فاذا ما أصر القاضى المصرى على تطبيق قانون الجنسية فى توريث عقارات موجودة فى بلد خلاف البلد الذى ينتسب اليه المتوفى ، فانه لا يقضى وفقا لما يقضى به قاضى الأحوال الشخصية ، وانما يطبق فى الوقت نفسه التشريع المصرى ، فى اعتقادنا ، تطبيقا صحيحا . والواقع أن المواريث ملحقة بالأحوال الشخصية ، من ناحية علاقة الأبوة والقرابة régime de parenté ، ولكنها تتصل فى الوقت نفسه بنظام الأموال régime des biens . والخلاصة أن نص المادة الرابعة من هذه الوجهة غامض ، وعلى الأخص اذا أضفنا ، الى ما تقدم

---

(١) هذه المسألة لا توضع أصلا بالنسبة للمسلمين المصريين ، وانما يصح أن توضع بالنسبة لليهود منهم .

(٢) من المقرر أن القاضى المختلط يقضى كما كانوا يقضون هم ، لو عرض الأمر عليهم .

أن أغلب التشريعات تجعل الميراث فى المنقولات خاضعا لقانون موطن المتوفى لا لقانون جنسيته . ولم تأت المادة ٥٤/٧٧ م . ا . م . فى هذا الصدد بأكثر مما أتت به المادة الرابعة ، ماعدا الاستثناء الخاص بمنفعة الأموال الموقوفة أو منفعة الأراضى الخارجية ، وهو استثناء أملته اعتبارات خاصة ، مبناها ضرورة اتباع نظام الأموال الذى كان سائدا قبل نظام الاصلاح فى الحدود السالفة .

وفى الوصية اكتفى المشرع باخضاع أهلية الموصى وشكل الوصية لقانون الجنسية ، فماذا يكون الحكم بالنسبة لشروط صحة الوصية الأخرى ، وأى قانون يجب اتباعه ؟ وهل معنى اخضاع شكل الوصية لقانون الجنسيةاعتبار الوصية باطلة شكلا اذا تمت وفقا للشكل المحلى ، أى وفقا للشكل المقرر فى البلد الذى تمت فيه ؟ هذه أيضا مسألة لا تجد اجابة . ونسارع الى القول بأن القضاء يقول بصحتها تطبيقا لقاعدة Locus regit actum ولكن هل قضى بذلك باعتبار أن المشرع المصرى يقر القاعدة ، وان لم يرد ذكرها صراحة فى نصوصه ، أو لأن هذا هو مايقضى به قاضى الأحوال الشخصية لو عرض الأمر عليه ؟ هذا ماسنراه فيما بعد . على أنه من الجهة الأخرى ، يمكن القول بأن نص المادة آمر من ناحية الشكل أيضا أسوة بالأهلية لأن الشكل هنا يقصد به حماية الارادة protection de la volonté فيخضع لنفس القانون (١) . وقد قلنا ان القضاء أخذ بالرأى العكسى .

فالخلاصة اذن أن المادة الرابعة عامة ، وأن المواد التى أسلفناها تعتبر تطبيقات خاصة لها ، وأنها مستمدة من التشريع الفرنسى ، وعلى الأخص من المادة ٣/٣ التى يفسرها القضاء الفرنسى ، نظرا لايجازها ، تفسيرا قد لا تحتمله ألفاظها ، مهتديا بنص المادة السادسة من التشريع الايطالى (٢) .

١٤٦ — واذا تركنا النصوص التشريعية المتعلقة بالأشخاص ، الى النصوص التشريعية المتعلقة بالأموال ، فانا لا نجد سوى نص لائحة ٧ صفر سنة

---

(١) انظر Bartin . ١ . ١٧٧ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ١٧٧ .

١٢٨٤ . أما المجموعات المختلطة والأهلية فخالية من أية اشارة الى القانون الذى يحكم الأموال . ومع ذلك فمن المقرر وجوب اتباع التشريع المصرى لحكم العقارات المصرية ، ولكن الى أى حد يؤخذ به ؟ ألا نجد استثناءات فى النصوص السالفة بشأن الأهلية والمواريث والوصايا . . الخ . والظاهر هنا وجوب تطبيق التشريع المصرى فى كل ما يتعلق بنظام الملكية régime de la propriété ، وذلك لأسباب مقتضاها ضرورة الطمأنينة فى المعاملات [1] . وعلى أى الأحوال فمن المقرر حتى اليوم صعوبة الوقوف على القوانين العقارية التى تسرى على الأجانب خصوصا اذا كان من شأنها الاتيان بقيود لحق الملكية .

وتضرب المادة ١٠م . م . فى الغموض بسهم وافر ، اذ لا يعرف كيف تتحدد قوانين البوليس والأمن ، فيقولون ان قوانين البوليس هى القوانين المتعلقة بالنظام العام ordre public وتحديد المراد بالنظام العام من أكبر المشكلات فى القانون الدولى الخاص . ويقولون ان قوانين الأمن هى القوانين الجنائية ، ولكن هل تسرى القوانين الجنائية على كل القاطنين فى مصر ؟ أو لا توجد المحاكم القنصلية ؟ وذهبوا الى أن الأمن انما يقصد به الأمن المدنى [2] police civile .

ولكن متى يعتبر القانون متعلقا بالأمن المدنى فحسب ؟ هذا ما اختلفت فى شأنه المحاكم فى مصر . وآية ذلك الخلاف بشأن قانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ المعروف باسم لائحة الترع والجسور ، وهل يسرى على الأجانب باعتباره داخلا ضمن تلك القوانين أو لا ؟

---

(١) قارن Bartin . ١ . ١٨٠ .

(٢) انظر موجز دالوز . ٢٢٧ . حيث تجد أمثلة كثيرة لقوانين الأمن المدنى ، فمنها قديما القوانين المانعة لتصدير القمح ، والمانعة من التصرف فى العقارات لمصلحة الأجانب ، وفى الوقت الحاضر القوانين المنظمة للعمل ، أو الأنظمة القانونية الخاصة بناقصى الأهلية ، وسلطان العائلة عليهم .

أما المنقولات المادية فلم يرد بشأنها نص أصلا ، لاصراحة ولا ضمنا ، فلأى قانون تخضع ؟ من الطبيعى أن تثير هذه المسألة الخلاف فى بلد ما زالت تسود فيه الامتيازات الأجنبية . ولا شك أن الصعوبة أكثر بالنسبة للمنقولات المعنوية لأن للمنقولات المادية موقعا ، فمن الممكن القول باخضاعها لقانون موقعها ، ولكن ماذا يكون الحكم بالنسبة للمنقولات المعنوية ؟

ومن مظاهر النقص الظاهر فى نظام تنازع القوانين المصرى ، السكوت عن تقرير قاعدة Locus regit actum ، اذ لم يرد فى هذا الصدد سوى نص المادة ٦٨١/٥٥٧ . م . ا . م . الذى يمكن أن يعتبر مقررا لها بصفة ضمنية . فاذا قلنا بذلك ، فاننا نفصل بطريقة قاطعة فى الخلاف الذى أشرنا اليه عند كلامنا فى مسألة الوصية .

كما أنه لم يأت فى النصوص السالفة حكم بشأن القانون الذى يحكم التصرفات القانونية actes juridiques على العموم . فالتصرفات التى ترتب عليها علائق مالية ، لا يعرف الى أى قانون تخضع . وقد عرفنا ، أنه منذ أيام Dumoulin ، قد تقرر خضوعها لقانون ارادة المتعاقدين ، وما زال هذا المبدأ متبعا حتى اليوم تحت اسم مبدأ كفاية الارادة ، وهو مطبق فى العلائق القانونية الوطنية وفى العلائق ذات العنصر الأجنبى ، فى كل من النطاقين ، بقيود وضوابط تكفل القضاء ببيانها وتحديدها .

هذا اذا كانت الالتزامات الناتجة عن التصرفات اتفاقية ، أما اذا كانت الالتزامات قانونية فالحيرة بشأنها أشد . و بيان ذلك أن الالتزامات القانونية اما أن تكون ناتجة عن علائق عائلية سابقة . فمن المقرر هنا خضوعها لقانون الجنسية كما بيناه عند الكلام فى المادة ٤ . م . م ، أما اذا كانت هذه الالتزامات ناشئة عن أفعال ضارة faits dommageables غير مشروعة illicites . فلا يوجد فى النصوص المصرية ما يشير صراحة أو ضمنا باتباع تشريع معين . والمتفق عليه هنا مع ذلك تطبيق القانون المحلى la loi locale أو بعبارة أخرى قانون محل الحادث . فاذا

كانت هذه الالتزامات ناشئة عن فعل الاثراء enrichissement أو عمل فضالة gestion d'affaires ، فهنا أيضا ، لايغنى الرجوع الى النصوص المصرية فتيلا . والخلاف فى القضاء هنا ظاهر ، فمن الأحكام ما يفضل تطبيق القانون المحلى ، أى قانون جهة الاثراء أو العمل ، ومنها ما يطبق قانون الجنسية ، أو قانون ارادة المتعاقدين .

ومما هو جدير بالذكر فى هذه العجالة ، أنه حتى فى الحلول التى أوردها المشرع المصرى بشأن تنازع القوانين ، لم يأت ذكر لحالة التنازع المتغير Conflit mobile اذ افترض المشرع دائما استقرار كل عناصر العلاقة القانونية الأجنبية وعدم تغيرها . وقد رأينا أنه من المعقول جدا أن يتغير أحد عناصرها فى الفترة بين نشوئها وعرض النزاع أمام المحكمة (١) .

وقصارى القول أن المشرع المصرى فى نصوصه التشريعية السالفة ، لم يتبع نظرية معينة ، بل اقتصر عمله على ايراد حلول لبعض مسائل تنازع القوانين ، دون البعض الآخر كما رأيناه . ولهذا لا يمكننا القول مطلقا بأن المشرع المصرى قد أخذ بأحكام نظرية الأحوال القديمة ، وان كان اصطلاح الأحوال الشخصية قد ورد فى المادة ٤ . م . م . ولذا كان من الطبيعى السعى فى تكملة هذه الحلول .

١٤٧ — ولكن ماذا يمكن عمله لتكملة النقص وتفسير الغموض ؟ هنا تظهر الفوائد العملية لدراسة النظريات المختلفة فى تنازع القوانين ، كما تظهر فائدة دراسة المصادر الحالية لهذه القواعد ، ودراسة ما كان متبعا من حلول قبل ادخال نظام الاصلاح . ومن المشاهد أن المتبع هو الرجوع الى أحكام المحاكم وطنية كانت أو دولية ، وكذلك الى النظريات الفقهية حديثة كانت أو قديمة . على أنه اذا وجد النص التشريعى فلا مناص من اتباعه ، لأن قواعد تنازع القوانين هى قواعد ذات صبغة وطنية قبل كل شىء ، فلا يمكن للقاضى أن يتخلى عن

---

(١) انظر Bartin . ١ . ١٩٤ .

تطبيقها لأنه يرى من الأنسب تطبيق قاعدة أخرى وردت فى قانون أجنبى ، أو عند فقيه من الفقهاء . وتلحق نصوص المعاهدات بالنصوص التشريعية الداخلية على الوجه الذى سنبينه فيما بعد .

١٤٨ — ويحق لنا أن نتساءل عن السر فى وجود النقص والغموض فى التشريع المصرى رغم حداثته. وفى اعتقادى أن تفسير ذلك ليس بعسير ، لأنه رغم تطور النظريات فى تنازع القوانين فى غضون القرن التاسع عشر ، فانه كان من الصعب التشريع فى هذه المسائل لدقتها وجدتها ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان هذه النظريات كانت محلا للانتقاد بدورها من وجهات متعددة ، فلم يكن لدى المشرع المصرى وسيلة أحسن من اقتفاء أثر المشرعين الأجانب والاستفادة من الانتقادات التى وجهت الى النصوص التى وضعوها . ويستفاد من قراءة النصوص المصرية أن المشرع المصرى قد أخذ بنصيب وافر من كل من التشريعين الفرنسى والايطالى ، فحكم قانون الجنسية فى المسائل المتعلقة بالأشخاص وتوسع فألحق بها المواريث ، أسوة بالمشرع الايطالى . وقد رأينا أن المشرع المصرى فى المادة ٤ . م .م . أتى بالحكم فى هذه المسائل بالنسبة للأجانب والمصريين على السواء ، مخالفا بذلك المشرع الفرنسى الذى اقتصر على ذكر الفرنسيين [1] . وقد اعترف المشرع المصرى صراحة بوجود أحوال تنطبق فيها القوانين الأجنبية ، بخلاف المشرع الفرنسى ، الذى اقتصر على بيان مدى تطبيق القانون الفرنسى فى الاقليم وخارجه . وعلى العموم ، فان النصوص المصرية جاءت فى تحريرها أكثر توفيقا من النصوص الفرنسية ، وهـذا لا ينقض قولنا ان المشرع المصرى قد اقتبس بعض نصوصه من التشريع الفرنسى كما أوضحناه .

وعلى أية حال ، فانه لا يمكن القول بأن المشرع المصرى قد أخذ بتقسيم الأحوال الى شخصية وعينية، اذ عرفنا أن هذا التقسيم لم يقره المشرع الفرنسى [2]

---

(١) انظر الى ٣ . م . ف . الفقرة الثالثة .

(٢) وقد رأينا فيما مضى أن هذه مسألة خلافية — انظر بند ١٠٣ والهامش .

نظرا للانتقادات التى انهالت عليه من كل حـدب وصوب ، وكذلك قد رفضه المشرع الايطالى اذ طبق نظرية Mancini . فلا يعقل اذن أن يكون المشرع المصرى قصد احياء التقسيم الذى اتفق الجميع على نبذه. وعندنا أن كل ما فعله المشرع المصرى فى هذا الصدد هو أنه أسقط من مجموعته المدنية الكتاب الخاص «بالأشخاص» . وأحال فى كل ما يتعلق به الى الديانة ، أو الجنسية على حسب الأحوال [١] .

ومما هو جدير بالملاحظة فى هذا الصدد أن النصوص المصرية الخاصة بتنازع القوانين ، أغلبها مقصور على بيان الاسناد فى العلائق العائلية ، أما غيرها من العلائق ، فالتنازع بشأنها محلول مقدما لا بقواعد اسناد تبين لنا أى قانون يجب تطبيقه بل بقواعد مبينة (موضوعية) règles positives أطلق عليها اسم « القانون المختلط » . ويحكم هـذا القانون جانبا كبيرا من العلائق المالية ذات العنصر الأجنبى ، متى تمت فى مصر بين مصريين وأجانب ، أو بين أجانب مختلفى الجنسية ، أو متحدى الجنسية اذا ما تعلق الأمر بعقار كائن فيها . فهذه العلائق متى تمت على الوجه السابق فانها تكون من اختصاص المحاكم المختلطة ، ويقضى فيها وفقا للقانون المختلط [٢] . وهكذا يظهر التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى ، حتى بعد نظام الاصلاح . فوجود القانون المختلط يقلل كثيرا من أهمية قواعد تنازع القوانين من هذه الناحية ، كما يعلل لنا سكوت الشارع عن ايراد قواعد بشأنها . ومع ذلك فان تنازع القوانين بشأن العلائق المالية محتمل تحققه اذا لم تتوافر الشروط اللازمة لتطبيق التشريع المختلط ، وأهمها حصول التصرف فى مصر ، ففى كل مرة يتم التصرف القانونى فى الخارج ، فان التنازع موجود ولا مناص من حله . وسنرى أن الاعتماد هنا على النصوص التشريعية لا يكفى . كما أنه من المحتمل أن يوجد التنازع رغم حصول التصرف فى مصر ، ويتحقق ذلك مثـلا اذا كان التصرف القانونى

(١) انظر مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » مجلة القانون والاقتصاد . ٤ . ٧٩٨ .

(٢) انظر المادة ٥ مدنى مختلط .

المتنازع بشأنه ، مرتكزا على تصرف سابق تم بين أجانب ممتازين متحدى الجنسية ، فالاختصاص هنا للمحاكم القنصلية ، وكثيرا ما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانونها ، فاذا وقع يونانى سندا تحت الاذن لمصلحة مواطن له، ثم حول هذا السند الى مصرى ، فانه يحصل التساؤل عن القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة. فاذا رجعنا الى القانون المختلط فاننا لا نجد شيئا فى هذا الصدد . ومن الجهة الأخرى ، فان اختصاص المحاكم القنصلية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب التابعين اليها ، وكذلك فى نظر منازعاتهم الماليــة متى تعلقت بمنقولات مادية أو معنوية، من شأنه أن يقلل من أحوال تنازع القوانين، التى تفصل فيها المحاكم المختلطة. ولا يفوتنا فى النهاية أن نقرر بهذه المناسبة ان مسائل الأحوال الشخصية هى المجال المعتاد لتطبيق قواعد التنازع، وهذه المسائل لا تنظرها المحاكم المختلطة بصفة أصلية ، وانما تنظرها بصفة تبعية ، فى الحدود المرسومة فى المادة الرابعة من المجموعة المدنية.

١٤٩ — ويستفاد مما تقدم أن العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى اذا ما وقعت فى اختصاص المحاكم المختلطة ، فانه لا يفصل فيها من طريق تطبيق قواعد الاسناد ، بل الأصل أن يفصل فيها مباشرة من حيث الموضوع . ويخالف هذا الحكم مخالفة ظاهرة ما هو متبع فى محاكم الدول الأجنبية . والعلة ظاهرة ، وتتلخص فى أن المحاكم المختلطة وليدة نظام الامتيازات ، فصبغتها دولية وتشريعها بعيد عن أن يوصف بأنه وطنى [1] ، اذ لم يوضع فى الأصل للمصريين، فهو تشريع مختلط وخاص législation spéciale اذ وضع لحكم أحوال خاصــة ، يرتفع بشأنها كل تنازع Conflit مقدما ، اذ يطبق القاضى المختص قانونه Lex fori موضوعيا . وعلى ذلك يمكننا القول بأن التشريع المختلط من هذه الناحية اقليمى ، اذ يطبق على جميع الأشخاص والتصرفات التى تتم فى داخل الحدود التى بيناها ، ولا مناص من تطبيقه ، فى الأصل ، ولو اتفق الأخصام على وجوب تطبيق قانون آخر .

---

(١) وسنعرض لهذه المسألة مفصلا فيما بعد .

أما العلائق القانونية التى تخرج عن اختصاص المحاكم المختلطة ، كى تقع فى اختصاص هيئات دينية أو وضعية ، فهذه لا يفصل فيها من جانب المحاكم المختلطة موضوعيا الا بطريقة تبعية par voie incidente ، وهنا يلزم تطبيق قواعد الاسناد التى أشرنا اليها . فاذا قضت المحاكم المختلطة بعدم اختصاصها ، وبوجوب الرجوع الى الهيئة المختصة فى الأصل ، فان ذلك يتم بناء على تطبيق قواعد الاختصاص والتنظيم القضائى لا بناء على تطبيق قواعد الاسناد . وظاهر من هذه القواعد الأخيرة أن المشرع المختلط قد ترك لكل شخص مزية الاستفادة من قوانينه الشخصية lois personnelles فى النطاق السالف ، سواء كانت هذه القوانين وضعية أو دينية على حسب الأحوال[1] . وعلى ذلك يمكننا القول بأن المشرع المصرى قد اتبع هنا مبدأ شخصية القوانين الذى عرفناه عند Mancini ، ونحا نحوه فاعتبر قوانين الميراث ضمن القوانين الشخصية التى تلحق الشخص فى كل مكان ، والتى لها أثر خارج اقليمها . ولم يكن فى مقدور المشرع المختلط أن يفصل فى مسائل تنازع القوانين هذه ، على وجه مخالف ، اذ لا توجد فى التشريع المختلط نصوص خاصة بالأشخاص فيسعى القاضى الى تغليبها فى بعض الأحوال . كما أن هذا النظام نفسه كان سائدا فى مصر قبل نظام الاصلاح ، وقد ترك الأخير هذه الناحية ، بالجملة ، على حالتها السابقة .

فاذا لم يكن للمحاكم المختلطة اختصاص أصلا ، فان الجهة المختصة تكون اما المحكمة القنصلية ، أو الهيئة الدينية ، أو فى النهاية المحكمة الأهلية . فان اختصت المحكمة القنصلية ، فهى تطبق فى الغالب تشريعها اذ تعتبر نفسها متمتعة بامتياز الخروج عن الاقليم ، لذلك يندر أن تطبق تشريعا أجنبيا ، وهذا هو مقتضى الامتيازات . وكذلك اذا اختصت الهيئات الدينية فانها لا تعرف شريعة سوى شريعتها . أما اذا اختصت المحاكم الأهلية (المصرية) فانها تطبق قواعد تنازع القوانين الدولية فى أحوال قليلة العدد ، اذ الأصل أن تطبق هذه المحاكم تشريعها

---

(١) انظر مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٧٩٩ .

الخاص بها ، ولكن يصح أن تطبق تشريعات أجنبية إذا كانت العلاقة أجنبية فى أحد عناصرها ولو أنها تمت بين مصريين ، أو تمت بين أشخاص تابعين لدول ليست من أصحاب الامتيازات (١) . وفى هذه الأحوال تعتبر قواعد الاسناد الواردة فى المجموعة المختلطة مكملة لما ورد فى المجموعة الأهلية . على أن المحاكم الأهلية تطبق فى أغلب الأحيان قواعد تنازع القوانين الداخلية ، وذلك بمناسبة مراقبتها للأحكام الصادرة من جهات الأحوال الشخصية .

والخلاصة اذن ، أنه بسبب وجود نظام الامتيازات ، قد أصبح للقانون الشخصى شأن هام فى مسائل تنازع القوانين فى مصر ، اذ يطبق فى أحوال كثيرة كان يصح أن يطبق فيها القانون المصرى ، لو كان هذا التشريع موحدا ومصريا بالمعنى الصحيح .

المبحث الثانى

فى

قواعد تنازع القوانين قبل الاصلاح (٢)

١٥٠ — رأينا فى تحليلنا للنصوص التشريعية المصرية أنها تستمد أصولها من التشريعات الأوروبية ، كما أنها تمت بصلة قوية الى المبادىء الشرعية. وآية ذلك النصوص التى تقول بتطبيق قانون الملة فى مسائل كثيرة . ولهذا كان من اللازم الرجوع الى المبادىء التى كانت مطبقة فى مصر قبل عهد الاصلاح القضائى كى

---

(١) كالسوريين واللبنانيين والأتراك والايرانيين ، أما الأجانب الأوروبيين فمعروف الخلاف بشأنهم . انظر الفقرة الثانية من المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، معدلة بمرسوم القانون رقم ٢٧ سنة ١٩٢٩ .

(٢) والمراد الاصلاح القضائى La Réforme . ويجد القارىء تكملة المبحث الذى نعرض له هنا فيما نذكره فى الكتاب الثالث بشأن الديانة ، وفى الكتاب الرابع بشأن النظام القضائى فى مصر قبل نظام الاصلاح .

تمكننا تحديد الصلة السابقة ، ومعرفة الدور الذى تلعبه الشريعة الاسلاميـة فى أحكام قواعد تنازع القوانين الحالية .

١٥١ — ومن المعلوم أن مصر بلاد اسلامية [١] ، لذلك كان من الطبيعى أن يسود فيها نظام تقوم دعائمه على المبادىء الشرعية . وقد كان هذا النظام دينيا بحتا فى أول الأمر . وهذا معقول بالنسبة للمسلمين ، أما بالنسبة لغير المسلمين فان النظام الشرعى قد تحول وتحور وقام على أساسـه النظام المعروف باسم نظام الامتيازات . فالعـلاقة اذن قوية بين قواعد تنازع القوانين الحاليـة ونظام الامتيازات . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فان نظام الامتيازات الحالى يرجع فى أصله الى القواعد الاسلامية المبينة لمعاملة غير المسلمين فى دار الاسـلام . ولا شك أنه يدخل ضمن ذلك بيان ما يتبع من الأحكام بالنسبة للعلائق القانونية التى يوجد فيها عنصر أجنبى عن الاسلام .

١٥٢ — والواقع أنه بينما كانت قواعد تنازع القوانين سـائرة فى سبيل النمو والتطور فى أوروبا منذ القرن الثالث عشر على الوجه الذى رأيناه ، كان الشرق يسير بخطوات واسعة وسريعة نحو الفوضى القضائية . وبيان ذلك أنه منذ القرن الثالث عشر الميـلادى قال علماء الاسـلام بقفل باب الاجتهاد ، فوقفت [٢] الأحكام الشرعية فى العبادات والمعاملات الدنيوية عند الحد الذى انتهى اليه اجتهاد المجتهدين اذ ذاك . وقد عاون هؤلاء فى معاونة قيمة على جعل

---

(١) ولم نرد أن نعرض هنا لما كان متبعا فى مصر فى عهد الرومان ، اذ عرفنا أنه لم توجد قواعد تنازع قوانين اذ ذاك ، كذلك لم نعرض لما كان متبعا أيضا فى أيام الاغريق ولا قدماء المصريين للسبعينه . انظر رسالة بركات بك. ١٩ وما بعدها .والدكتور الزينى . ١ . ١٦٩ — ١٧٢ . و Révillout .Précis du droit égyptien comparé aux droits de l'antiquité ٤ . ١١٨٧ .

(٢) ويبيحون فى ايران للقضاة الاجتهاد فى استنباط الأحكام . وفى مصر الآن حركة تسير فى هذا المنحى ، اذ لا معنى مطلقا للقول بجمود الأحكام والنكوص بالأحـكام الشرعية الى الوراء .

الأحكام الشرعية موافقة لحاجات الزمان والمكان ، وذلك من طريق شرحهم لأحكام القرآن والحديث والاجماع وأخذهم بالقياس .

ولما كان الشرق [1] يدين بالاسلام والغرب بالمسيحية ، قامت بينهما الحروب أزمنة طويلة ، وكان من الطبيعي أن يوجد بينهما تنافر وعداوة فى كل شيء ، فلم يقبل أحدهما أفكار الآخر ، وهكذا أصبح التعاون الفكرى بينهما غير محسوس ، وسادت فى كل منهما مدنية مخالفة ، بل كانت مدنية كل منهما مضادة لمدنية الآخر . وبان أثر ذلك فى تحقيق العدالة ، فبينما اعتمد الشرق على أحكام شريعة دينية هى شريعة الاسلام ، اعتمد الغرب على أحكام وضعية طارحا جانبا تعاليم المسيحية ، وذلك رغم اعتراض رجال الكنيسة ، الذين بذلوا مجهودات كبيرة فى سبيل الاحتفاظ بالقانون الكنسى droit canonique . ولم يصادف هذا الأخير نجاحا يذكر . ومن الجهة الأخرى ، فان الغرب قد تقسم فى النهاية الى دول كبيرة ، بعد أن كان منقسما الى مقاطعات صغيرة لكل منها تشريعها الخاص بها . ومن الثابت أن التشريع فى كل منها يختلف فى بعض الأحيان عن التشريعات الأخرى . وقد أدى ذلك كما رأينا الى ظهور قواعد تنازع القوانين . أما الشرق فلم يكن مقسما الى دول ، فقد خضع لحكم الاسلام على يد العرب أولا ، ومن بعدهم على يد الأتراك ، ولم تعرف دول الشرق الحالية الا فى العصور الأخيرة [2] . أما قبل ذلك فكان الشرق كله دولة واحدة خاضعة لحكم خليفة رسول الله ، تطبق فيه أحكام الشريعة الغراء على جميع العلائق القانونية التى كانت ترفع الى القضاء الاسلامى .

١٥٣ — ومن المعلوم أنه وفقا لأحكام الاسلام ، تقسم المعمورة الى دار اسلام ودار حرب ، فالدار الأولى هى التى يسود فيها الاسلام ، وأما الثانية فهى

---

(١) والمراد هنا الشرق الأدنى وهو ما يهمنا فى بحثنا .

(٢) وتعدد هذه الدول لا يمكن أن يؤدى الى ظهور قواعد تنازع قوانين ، لأن القضاة فيها مسلمون يقضون وفقا لأحكام الشريعة الغراء دائما . فالاتحاد فى القانون مانع من التنازع .

التى لاتنفذ فيها أحكام الاسـلام لانقطاع ولاية المسلمين عليها ولو لم يكن بين المسلمين وأهلها حرب (١) . وأهل هذه البلاد يعرفون بالحربيين تمييزا لهم عن أهل الكتاب الذين يقيمون فى دار الاسـلام و يعرفون بالذميين أو بالمستأمنين على حسب الأحوال .

فلغير المسلمين الحق فى أن يتركوا ديارهم مفضلين الاقامة فى دار الاسـلام فيتمتعون فيها بالسلم والأمان ، ولهم فيها بالجملة ما للمسلمين وعليهم ما عليهم . والحكمة فى ذلك أن دين الاسلام دين اقناع ، فمن لم يقتنع به يقر على دينه ولا يتعرض له فيما يعتقد . كما أن له الحق فى اجراء جميع المعاملات المباحة مع المسلمين ومع بعضهم البعض ، ففتح دار الاسلام مفيد لأنه فى الواقع فتح باب التجارة . وقال صاحب البدائع فى هذا الصدد « و يسكنون (الذميون) فى أمصار المسلمين يبيعون و يشترون لأن عقد الذمة شرع ليكون وسيلة الى اسلامهم ، وتمكينهم من المقام فى أمصار المسلمين أبلغ فى هـذا المقصود ، وفيه أيضا منفعة المسلمين بالبيع والشراء (٢) » .

ومن يبقى فى دار الاسلام من غير المسلمين فهو معاهد . والعهد دائم بالنسبة لأهل الذمة .

و بمقتضاه يتمتع الذميون بعصمة فى المال والنفس ، وكذلك تحترم عقائدهم ، ولكنهم ملتزمون فى مقابل ذلك بدفع الجزية وعدم مظاهرة أعداء المسلمين . وهذا هو مجمل آثار عقد الذمة ، الذى تكفلت الشريعة ببيانها بطريقة آمرة (٣) .

---

(١) راجع مقال Arminjon. Clunet ، ١٩١٢ . ١٠٢٥ . ورسالة بغدادى .

(٢) انظر كتاب السياسة الشرعية لفضيلة الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف . ٩٢. وكذلك المبسوط . ١٠ . ٧٧ .

(٣) وفى هـذا ما يميزه عن سـائر العقود الأخرى ، اذ للارادة فيها دخل كبير ، وعلى الأخص من حيث تحديد آثارها . وظاهر أن العلة ترجع الى أن عقد الذمة عقد لا يتم صراحة ، وانما افترضه الشارع افتراضا ، فاذا لم يرض غير المسلم بأحكامه ، فليس له سوى الرحيل عن دار الاسلام .

والعهد مؤقت بالنسبة للحربيين الذين يفدون على دار الاسلام لمدة وجيزة وذلك من طريق أخذ الأمان . وهذا الأمان يعطى لهم فرادى أو جماعات ، والأصل فيه أن مدته سنة ، فان انقضت على هذا المستأمن سنة فى دار الاسلام انقلب ذميا ، اذ تظهر بذلك نيته فى التوطن التى قد تنم عنها قرائن أخرى .

١٥٤ — وفى دار الاسلام ، كان القاضى المسلم يطبق أحكام الشريعة على العلائق القانونية الخاصة بالمسلمين . وهذه هى العلائق الوطنية فى جميع عناصرها ، ولا يهم فى ذلك اختلاف مذاهب المسلمين الى مالكيين وحنفيين وشافعيين . . . الخ ، لأن هذه المذاهب انما هى وجهات نظر مختلفة بالنسبة لأصل واحد ، هو النصوص الشرعية . وظاهر أن أداة التمييز هنا هى « الدين » فمتى كان طرفا العلاقة مسلمين ، فالقاضى المسلم مختص بالفصل فى منازعاتهم وفقا لأحكام الشريعة الغراء ، ولا يهم فى ذلك وجود أى عنصر أجنبى آخر . ولكن اذا كان أحد طرفى العلاقة القانونية ذميا أو مستأمنا فمن المقرر اختصاص القاضى المسلم بنظر هذا النزاع ، و بضرورة اخضاعه لأحكام الشريعة الغراء ، ويرى مقدار التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . ومبنى هذين الاختصاصين كما هو ظاهر هنا مراعاة مصلحة المسلم ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فان الشريعة الغراء لاتسلم بامكان خضوع المسلم لغير القضاة المسلمين ، ونقول بهذه المناسبة أن هذا المبدأ مازال مأخوذا به حتى الآن فى المحاكم الشرعية ، فاذ صدر حكم من محكمة أجنبية على مسلم وأريد تنفيذه فى مصر عن طريق عرضه على المحاكم الشرعية لأنه صادر فى مسألة متعلقة بالأحوال الشخصية (١) ، فان هذه المحاكم لاتوافق مطلقا على تنفيذه بل تقضى فى المسألة من جديد اذا أراد المدعى . ويمكن أن نقرب بين هذا المسلك وما جرت عليه المحاكم المختلطة فى قولها بنظرية الصالح المختلط . فيكفى اذن ، وفقا

(١) اذ من المعلوم أن المحاكم الأهلية والمختلطة ليس لها اختصاص فى هذا الشأن . انظر مؤلف الدكتور الزينى . ١ . ١٩٩ .

لأحكام الشريعة الغراء، أن توجد مصلحة لمسلم فى النزاع ، حتى يصبح من اختصاص القاضى المسلم الذى يطبق عليه أحكام الشريعة الاسلامية .

١٥٥ — ولكن ماذا يكون الحكم اذا لم توجد فى النزاع مصلحة لمسلم ؟ فى الأمر تفصيل لا بد منه . و بيان ذلك أن غير المسلمين اذا ما تنازعوا ، يجب أن ينظر الى موضوع النزاع . فاذا ما كان موضوعه متعلقا بالعقائد والعبادات ، أى ما يقرون عليه ، فاننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، فليس للقاضى المسلم شأن هنا . أما اذا كان موضوع النزاع متعلقا بالمعاملات ، فانه يجب هنا أيضا أن نفرق بين أمرين : الأول اما أن تكون العلاقة المتنازع فيها ملحقة بالديانة حكما واما لا . فان كان الثانى فلغير المسلمين أن يحتكموا الى حكم من ملتهم يفصل فى منازعتهم وفقا لأحكام ديانتهم . وهذا الحكم ليس قاضيا ، اذ ولايته ولاية تحكيم فحسب [1] . فان لم يحصل الاتفاق على التحكيم ، فان المنازعة تكون من اختصاص القاضى المسلم . كما أن اختصاصه يكون ملزما فيما لا يقر عليه غير المسلمين من أحكام ، وهذه هى مسائل الحدود . فاختصاص القاضى المسلم عام اذن بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين فى مسائل المعاملات ، وهى تشمل فى الأصل العلائق العائلية ما عدا ما استثنى منها ، كما يدخل فى هذا الاختصاص أيضا الحدود أى (مسائل قانون العقوبات بالمعنى الحالى) . و يقول فى ذلك علماء الشريعة أن غير المسلمين مخاطبون بأحكام الاسلام فيما يتعلق بالمعاملات [2] ، فتلصق فى حقهم أحكامها ، وتلزمهم بمقامهم فى دار الاسلام فالقاضى المسلم يختص بشأنها و يقضى فيها وفقا للشريعة الغراء. وهذا هو السائد فى مذهب الحنفية ، اذ وفقا له تلزم الشريعة الاسلامية جميع من يقيمون فى دار الاسلام . وهناك أقوال مخالفة . وتدور هذه الخلافات حول تفسير قوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » وقوله « فان جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » فالمعتبر أن الآية الأولى

---

(١) الأحكام السلطانية . ١٠٧ — ١٠٩ . ورسالة بغدادى .

(٢) وقد رأينا معناها الواسع . وانظر بحث الشيخ بخيت . ١٩ .

ناسخة للثانية لأن الجزم بالحكم رفع للتخيير بينه و بين الاعراض [١] . وعلى ذلك يمكن القول بأن الشريعة الاسلامية باعتبار أنها قانون القاضى ، شريعة اقليمية ، لأنها تلزم جميع القاطنين فى دار الاسلام بغض النظر عن اختلاف دياناتهم ، وأنها تحكم العلائق فيما بين المسلمين بعضهم و بعض ، وفيما بين الكتابيين بعضهم و بعض ، أو فى علاقاتهم مع المسلمين [٢] . فان كان الأول بأن كانت العلاقة ملحقة بالديانة حكما كالنكاح وتمليك الخمر والخنزير [٣] : فالخلافات هنا كثيرة . ومع ذلك فمن المتفق عليه ، أن القاضى المسلم يختص بهذه المسائل اذا ترافع اليه الأخصام ، أى تراضوا على اختصاصه ، لأن الاسلام أباح لهم أن يحتكموا الى الشريعة فى حدود مايقرون عليه ، اذا أرادوا ذلك [٤] .

فاذا ترافع الى القاضى المسلم أحد الأخصام فانه يختص [٥] ، ولكنه فى هذه الحالة لايطبق أحكام الشريعة الاسلامية ، كما فى الحالة الأولى ، بل يجب عليه فى رأى الامام أن يطبق أحكام ديانة الطرفين . فعند الامام كل زواج فسد بين المسلمين لفقد شرطه أو لحرمة محله ، وكان صحيحا عند غير المسلمين اعتبر كذلك . ويخالفه فى ذلك الصاحبان ، ولكنهما يتفقان معه فى النكاح بغير شهود ، أما فيما عداه

---

(١) راجع فى هذا الخلاف ، الطبرى . ٦ . ١٥٦ والرازى ٣ . ٤٠٤ .

(٢) كل هذا لا ينفى أن أساس تطبيق الشريعة الاسلامية على الوجه السالف دينى بحت فعموميتها فى التطبيق مبنية على ضرورة الزام غير المسلمين بأحكام المعاملات ، لأن المفروض أنها وضعت للجميع . ومن رأى الدكتور الزينى أن الاختصاص معقود دائما بالترافع . راجع مؤلفه ١ . ١٧٥ . وقد أثبت الدكتور بغدادى فى رسالته عكس الرأى المتقدم . ويظهر أن الدكتور الزينى تأثر فى رأيه بالمذهب المالكى الذى يجعل ولاية القاضى المسلم على غير المسلمين ولاية تحكيم لا ولاية قضاء .

(٣) ووجه صلتها بالديانة حكما أن الشرع الاسلامى قد حرمها .

(٤) راجع حاشية ابن عابدين . ٢ . ٥٩٥ .

(٥) والاختصاص هنا أساسه دفع الظلم ، اذ لا توجد هيئة أخرى معترف بها فى الاسلام للفصل فى هذا النزاع ، وليس هناك من طريق سوى التحكيم ، وقد لا يرتضيه الطرف الآخر. قارن الزيلعى . ٤ . ١٧٥ .

فيقولان بفساد سائر عقودهم مع عدم التعرض لهم فيها [١] . فمقتضى رأى الامام اذن أن القاضى المسلم يختص فى مسائل النكاح وما يتفرع عنها من طلاق ونفقة وبنوة . . الخ اذا ما ترافع اليه أحد الخصمين ، وأنه فى مسائل النكاح يجب تطبيق أحكام الديانة المسيحية التى عنى الفقهاء ببحثها من هذه الناحية [٢] . أى أن القاضى المسلم يطبق شريعة أجنبية ، خلاف شريعته فى بعض الأحوال، و بقيود خاصة . وهذا الرأى ليس مقرا عليه بالاجماع . ومع ذلك فالقاعدة بلا شك قاعدة اسناد يترتب عليها استبعاد تطبيق قانون القاضى ، وهو فى الأصل اقليمى، وتطبيق قانون آخر ، لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك . على أن تطبيق الشرائع الدينية الأخرى مقيد بأن لا يكون فى الأخذ بأحكام هذه الديانة اهمال للأحكام الاسلامية التى لا تقبل التغيير . فهنالك أحكام اسلامية ثابتة فى حق الجميع بدون استثناء حتى فى النطاق السالف ، ومثالها زواج المحارم أو أحكام الزنا فتسرى على المسلمين وغيرهم دون استثناء . وهذا القيد يقرب فى الواقع من قيد النظام العام الحالى ، لأن فى اطلاق الأخذ بأحكام الشريعة الدينية الأخرى تقويضا لدعائم المجتمع الاسلامى فى بلاده ، واستهتارا بتعاليمه . فمثل هذه القواعد لا يباح الخروج عليها أصلا ، وقد اختلف الفقهاء فى مدى هذا القيد [٣] . أما بالنسبة لبيع الخمر والخنزير ، فلا خلاف فى وجوب تطبيق الشريعة الدينية التى ينتسب اليها غير المسلمين ، وذلك احترام للحقوق المكتسبة .

وخلاصة ما تقدم أن القاضى المسلم يفصل فى المنازعات التى ترفع اليه ، اذا كان الطرفان أو على الأقل أحدهما مسلما . وكذلك يختص بالنسبة لغير المسلمين

---

(١) انظر رسالة بغدادى ، وكتاب الأستاذ خلاف ـ ٩٣ . ومقال Arminjon السالف الاشارة اليه ـ ١٠٢٨ .

(٢) فدراستهم من هذه الناحية دراسة مقارنة . وهنا تتبين لنا العلاقة بين دراسة القانون الدولى الخاص ودراسة القانون المقارن وفائدتها ، اذ يعرف الحكم الموضوعى مقدما . مقال Arminjon . ١٠٢٨ وبحث فضيلة الشيخ بخيت . ٤ .

(٣) انظر الشيخ بخيت . ٨ . ومقال Arminjon . ١٠٢٧ .

اذا ترافع أحدهما اليه على خلاف فيه ، وأنه فى هذه الحالة قد يقضى بشريعة خلاف الشريعة الاسلامية على حسب ما بيناه ، وأنه يحق لغير المسلمين أن يحتكموا لزعمائهم للفصل فى منازعاتهم .

١٥٦ — فاذا غادر المسلم دار الاسلام الى دار الحرب ، فانه تلحقه ، مع ذلك ، أحكام الاسلام و يلزمه اتباعها فى جميع تصرفاته. وهذا هو رأى أبى يوسف (١) و يخالف فى ذلك الامام ومحمد (٢) ، اذ يقولان بوجوب اتباع أحكام خاصة بالنسبة للمسلم المقيم فى دار الحرب . فاذا أخذنا برأى أبى يوسف فان مؤداه اعتبار الشريعة الاسلامية شريعة شخصية لها أثر خارج اقليمها وهو دار الاسلام ، وهذا الأثر شامل ومطلق (٣) . كما أنها شريعة اقليمية داخل اقليمها مع مراعاة القيود الطفيفة السالفة.

١٥٧ — ولا شك أنه يصعب القول بناء على ما تقدم ، ان الشريعة الاسلامية قد عرفت قواعد تنازع القوانين ، اذ فى كل مرة يحتمل وجود التنازع بينها و بين أية شريعة أخرى ، فانها تعطى نفسها الغلبة مقدما ، بغض النظر عن موضوع النزاع . وهذا الحكم طبيعى ، وأساسه أن الشريعة الاسلامية شريعة دينية منزلة ، فلا يمكن أن تفوقها شريعة أخرى فى دار الاسلام . أما فى الأحوال التى سمح فيها على رأى بعض الحنفية بتطبيق شريعة أخرى فهى أحوال قليلة مقيدة بقيود عدة ، هذا علاوة على أنها فى ذاتها محل خلاف . كما أن الحكم بشأنها موضوعيا معروف مقدما ، وفى هذا ما يشعر بأن السماح بتطبيقها أساسه عدم مخالفة أحكامها للمبادىء المقررة فى الشريعة الاسلامية ، تلك المبادىء التى تعترف بوجوب التسامح مع غير المسلمين فى كل ما له علاقة بالعقيدة والدين (٤) .

---

(١) راجع رسالة بغدادى . ومقال Arminjon . ١٠٢٩ . والفتاوى الهندية . ٣ . ٢٥٣ .

(٢) راجع رسالة بركات بك . ٤٨ وما بعدها . ورسالة بغدادى .

(٣) راجع مقال Arminjon . ١٠٢٥ .

(٤) وكذلك ألا يمكن اعتبار هذه الأحكام جزءا من أحكام الشريعة الاسلامية ؟ قارن الدكتور الزينى ٠ ١ . ١٨١ .

١٥٨ — تلك هى المبادىء الشرعية التى تحكم العلائق القانونيـة ذات العنصر الأجنبى ، ولم تكن مطبقة فى دار الاسلام بكل دقة ، اذ من المقرر أن العرب قد تساهلوا مع المسيحيين بعد أن أخضعوا بلادهم[١] ، فتركوا لهم حق الفصل فى منازعاتهم الخاصة بهم دون الالتجاء الى القضاة المسلمين . ومن هنا تألفت منهم طوائف مختلفة على حسب المذاهب المختلفة[٢] . وأصبح لرؤسائها سلطة الحكم فى المنازعات ، اذا ما اتفق المتنازعون على تحكيمهم[٣] ، وأكثر من هـذا ، فقد أعطى هؤلاء الرؤساء سلطة واسعة فى المسائل الجنائية ، تذهب الى حـد الجلد والحبس . ويظهر أن الحكمة فى الاعتراف لهم بهذه السلطة الواسعة فى المسائل المدنية والجنائية ، سياسية بحتة ، اذ أراد الفاتحون الاطمئنان على ملكية هـذه البلاد التى دخلت حديثا فى حكم الاسـلام ، فأظهروا كل احترام لعقيدة أهلها ، وأحلوا رؤساءهم الدينيين مركزا ممتازا حتى لايهيجوا الخواطر ضدهم .

١٥٩ — واستمر التساهل والتسامح على هذا النحو فى بلاد الاسـلام ، الى أن أتى العثمانيون فساروا فى نفس الطريق ، وخطوا خطوة جديدة فعقدوا مع الدول المسيحية المعاهدات المقررة للامتيازات Capitulations على الأساس السابق . وبذلك أصبحوا مرتبطين بأحكامها ، وان خالفت ، فى الحقيقة ، المبادىء الشرعية البحتة . ولم يكن العثمانيون ليخشوا فى ذلك لومة لائم ، اذ كانت دولتهم فى أوج عظمتها عند ما منحوا المسيحيين هـذه الامتيازات . ولكن لما نخرت أسباب الانحلال والسقوط عظام الدولة العلية انقلبت هـذه الامتيازات وبالا عليها ، وأصبحت علامة على انتقاص سيادتها فى أراضيها ، وانحطت الدولة

---

(١) مقال Arminjon . ١٠٢٧ .

(٢) ولم يكن من السهل الانتقال من ديانة الى أخرى خوف العقوبات التى يسلطها الرؤساء الدينيون على من يغير ديانته . وكذلك لم يكن من السهل للسبب عينـه الانتقال من مذهب الى آخر .

(٣) راجع مؤلف سيداروس باشا Des Patriacats, Paris, 1907, 276 ومحمـد صادق فهمى بك « شرح القانون المدنى » ١٩٢٥ . ١٠٦ وما بعدها .

العلية فى القرن التاسع عشر فاعتبرت منعزلة عن المجتمع الأوروبى ، أى أنها فى مركز لايدانى الدول الأخرى المكتملة السيادة ، وذلك بسبب التضاد الحاصل بين نظمها الأساسية ونظم الدول الأخرى .

١٦٠ — ولما كانت مصر جزءا من الأمبراطورية العثمانيــة سادت فيها المعاهدات المقررة للامتيازات ، بل وأخذت شكلا أكثر ازعاجا بسبب ضعف الحكومات المصرية ، وتفريطها فى حقوقها حتى ماتقرر منها بموجب هذه المعاهدات ، فنشأت فى مصر من جراء ذلك القاعدة الشهيرة المعروفة ، باسم « المدعى يسعى وراء المدعى عليه » فى داخل الحدود المصرية . فأصبح الاختصاص القضائى فى القضايا التى يرفعها المصريون على الأجانب من اختصاص القاضى القنصلى ، بدلا من بقائه فى اختصاص القاضى المسلم وفقا للمبادىء الشرعية . ولم يكن من المعقول أن تطبق المحاكم القنصلية قواعد تنازع القوانين الخاصة بها فى المنازعات ، للسبب الذى ذكرناه من أنه يشترط لتطبيق هذه القواعد وجود تبادل واتحاد فى المدنية ، وتشابه فى النظم الأساسية . ولم يكن ذلك متوفرا اذ كانت الشريعة الاسلامية غالبة فى مصر ، وهى شريعة دينية [١] ، كما كان لكل مصرى قانونه الدينى الخاص به ، يطبق على الأقل فى مسائل العائلة . فلم يكن هناك قانون مصرى واحد يطبق على الجميع .

ومن الجهة الأخرى فان العلائق القانونية بين المصريين أنفسهم كانت فى اختصاص هيئات قضائية متعددة ، فبالنسبة لعلائق الأحوال الشخصية تأيد اختصاص المجالس الملية والحاخامات بموجب تشريعات عثمانية [٢] ، وذلك بالنسبة لغير المسلمين . أما المسلمون فيخضعون فيها للمحاكم الشرعية ، واعتبرت هذه المحاكم مختصة بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالأوقاف بغض النظر عن ديانة الواقفين ، اذ

---

(١) ومن المعلوم أنه لا تبادل فى الأصل بين الشرائع الدينية والشرائع الوضعية .

(٢) وأقصد بذلك الاشارة اليه الى خط كلخانة الصادر فى سنة ١٨٣٩ ، والخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ . وسنبحث هذه المسألة بايضاح واف فى الكتاب الثالث .

الوقف مباح فى مصر للمسلمين وغير المسلمين ، و يخضع لأحكام الشريعة الغراء[١] . وأما بالنسبة للمعاملات المالية فقد انتهى الأمر أخيرا الى انشاء مجالس خاصة تعرف باسم « مجالس الأحكام »[٢] لتقضى فيها وفقا لأحكام الشريعة الغراء . و يظهر أن انشاءها قصد به ، بصفة أصلية ، تخفيف العبء على القاضى الشرعى . وكانت هذه المجالس تختص بالفصل بين المصريين المسلمين وغيرهم ممن ليسوا أجانب ولا من أرباب الحمايات ، ولكن بجانب هذه المجالس وجدت مجالس أخرى أهمها « مجالس التجار » فى سنة ١٨٥٥ ، وذلك لما للعلائق التجارية من أهمية دعت الى جعلها فى اختصاص مجلس خاص كان تأليفه مختلطا . وقد خضع الأجانب لاختصاص (مجالس التجار) بعد أن أبيح لهم الاشتراك فى هيئاتها . وأما الأحكام فكانت تصدر ، فى بعض الأحيان ، وفقا للقانون الفرنسى . ومن هنا يظهر جليا أن الحاجة قد مست الى الاستعانة بأحكام القانون الأجنبى حتى قبل الاصلاح . و يصعب القول بأن السماح بتطبيق القانون الفرنسى معناه الأخذ بقاعدة من قواعد تنازع القوانين ، اذ الحقيقة ، أن كل ما قصد هو تحكيم قانون أجنبى للفصل فى هذه المسائل ، تسهيلا للأمور وتشجيعا للتجارة ، وعلى الأخص بعد أن ظهرت وسائلها الجديدة من كمبيالات، وسندات تحت الاذن، وتأمين، وغير ذلك من الأنظمة القانونية غير المعروفة عند علماء الشريعة الغراء . فكان من الضار اخضاع هذه المعاملات لأحكام الشريعة الاسلامية التى لم تتغير منذ القرن الثالث عشر الميلادى ، ولذا استلزم تحقيق العدالة اخضاعها فى النهاية للقانون الفرنسى[٣] .

١٦١ — ويتبين مما تقدم أن نظريات تنازع القوانين التى كانت سائدة فى أوروبا لم تكن معروفة فى مصر ، ولم يوجد أيضا ما يشابهها ، بل طبق مبدأ

---

(١) انظر قبله . بند ١٤٤ .

(٢) وتم ذلك بموجب أمر عال فى ١٣ ربيع الأول ١٢٨٦ هـ وقد ألغيت فى سنة ١٢٧١ هـ وأعيدت فى ١٢٧٣ . ومؤلف زميلنا الأستاذ زكى عبد المتعال فى « تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية » . ١٩٣٥ . ٣٢٣ وما بعدها .

(٣) راجع مؤلف صادق فهمى بك . ١٨٤ وما بعدها . ورسالة بركات بك . ١٧٥ .

شخصية القوانين ، بطريقة فعلية ، على وجه يكاد يكون مطلقا ، فكان تطبيقه عاما وشاملا لكل العلائق القانونية على اختلاف أنواعها ، وذلك مع مراعاة ما ذكرناه بشأن المجالس السابقة الاشارة اليها . ورأينا أنه قد استعين فى آخر الأمر بالقانون الفرنسي لحكم بعض هذه العلائق ، وهى التى كانت تدخل فى اختصاص « مجالس التجار » . وكان هذا العمل أشبه بالتحكيم والخضوع (١) ، منه الى تطبيق قاعدة من قواعد تنازع القوانين . واستمرت الحال على هذا النحو الى أن آن أوان الاصلاح ، فأنشئت المحاكم المختلطة بمقتضى معاهدة دولية ، وقد صادفت مصر ، فى سبيل موافقة الدول على انشائها ، متاعب كبيرة (٢) ، فلما أنشئت هذه المحاكم فى سنة ١٨٧٥ أعقبها اصدار المجموعات المختلطة التى بدىء فى تطبيقها منذ سنة ١٨٧٦ . ولما كانت هذه المجموعات قد جاءت على نسق المجموعات الفرنسية فقد وردت فيها بعض قواعد خاصة بتنازع القوانين ، تناولناها بالتحليل فى المبحث السابق . ويهمنا الآن أن نذكر جملة أن القوانين المختلطة ذات صبغة اقليمية ظاهرة ، لأنها تسرى على كل القطان فى مصر ، من مصريين مسلمين وغيرهم ، وأجانب ممتازين وغيرهم . فشخصية القوانين التى كانت سائدة من قبل قد زالت فيما يتعلق بالعلائق القانونية المالية ، اذا كان أحد أشخاصها أجنبيا . وأما العلائق التى يطلق عليها عادة اسم علائق الأحوال الشخصية ، فاستبقتها المجالس الشرعية التى عرفت باسم المحاكم الشرعية . وقد صدرت لائحة ترتيب خاصة بها ، كما بقيت المجالس الطائفية الأخرى لغير المسلمين ، واستمرت المحاكم القنصلية تقضى فى قضايا الأجانب الممتازين ، وسنبين فيما بعد أن تجزئة العلائق القانونية على الوجه السالف فيه أضرار بالغة ، ولو أن الشارع قد حاول التقليل منها على قدر الامكان

---

(١) وسنبين معنى الخضوع مفصلا عند الكلام على الاختصاص العام . والخضوع هنا من جانب الأجانب اذ الأصل أنهم يخضعون لقضائهم .

(٢) انظر فى ذلك الكتاب الرابع من مؤلفنا .

بوضعه بعض نصوص خاصة [١] ، ولكن هذه النصوص قليلة الفائدة . ولقد ذهب القضاء المختلط الى التوسع فى اختصاصه فحبا نفسه بسلطة منعها عنه الشارع ؛ كل ذلك رغبة منه فى تحقيق العدالة على الوجه الذى ارتآه .

١٦٢ — ولما بدأت البلاد تشعر بمزايا اقليمية القوانين فى العلائق القانونية المختلطة ، فكر أولو الأمر فى انشاء محاكم أهلية (محاكم وطنية) [٢] ، ومجموعات وطنية على نسق المجموعات المختلطة ، ولهذا حوت المجموعات الأهلية بدورها قواعد خاصة بتنازع القوانين ، ولكن هذه القواعد أقرب الى أن تكون قواعد تنازع قوانين داخلية ، لأنها خاصة بالمصريين دون غيرهم . وعلة وضعها انما ترجع الى أن العلائق العائلية للمصريين ما زالت تخضع لقوانين دياناتهم ، فكان لا مناص من تقرير هذه القاعدة صراحة فى هذه المجموعات . على أن وضع هذه القواعد مفيد أيضا من الوجهة الدولية ، لأن المحاكم الأجنبية فى البلاد الأخرى ، اذا ما أرادت الفصل فى مسألة من المسائل السابقة بالنسبة لأحد المصريين فانها سترجع فى الغالب الى قانون جنسيته Loi nationale أى القانون المصرى . ولكن لما كان هذا القانون غير موجود بالنسبة للأحوال الشخصية فقد حل محله قانون الديانة lex religiosa . وقد رأينا كيف فسر الأستاذ Arminjon هذا النظام بأنه نظام مركب يحصل فيه تفويض من النظام الغالب وهو « الشريعة الاسلامية » فيما يتعلق بالأحوال الشخصية الى غيره من النظم الأخرى الخاصة بغير المسلمين .

(١) وأقصد بهذا المادتين ٨٠ ، و٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

(٢) وهذه هى التسمية الجديدة التى أخذت بها لجنة الاحتفال بالعيد الخمسينى للمحاكم الأهلية فأصبحت هذه المحاكم تعرف باسم المحاكم الوطنية Tribunaux Nationaux وفى اعتقادنا أنه من الأولى تسميتها بالمحاكم المصرية ، لأنها المحاكم التى يجب أن تشمل سيادتها جميع السكان فى مصر احتراما للسيادة الاقليمية للدولة المصرية . والتسمية التى نقول بها قد جرت عليها الدول الأجنبية بالنسبة لمحاكمها . وأما المحاكم المختلطة فهى مصرية اسما ، ومختلطة أو دولية فعلا ، فلا يمكن التمسك بها باعتبار أنها محاكم مصرية . قارن بحث زميلنا الأستاذ Dubois Richard . المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٩٦ . هامش (١) .

١٦٣ — والواقع أن انشاء المحاكم الأهلية وصدور المجموعات الخاصة بها قد غير القواعد التى تقضى بها الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالقضاء فى معاملات المسلمين وغيرهم الموجودين فى دار الاسلام ، اذ بموجب النظام الجديد يخضع المسلمون لقضاة غير مسلمين ، فتعيين القضاة فى المحاكم الأهلية لا يستلزم فيه انتسابهم الى دين معين (١) ، وكذلك يقضى القضاة المسلمون فى منازعات غير المسلمين من المصريين والأجانب غير المتازين ، ولو لم يتراضوا على الترافع أمامهم ، كما أن المحاكم الأهلية قد تقضى وفقا لتشريعات أجنبية ، فى بعض الأحوال ، مطبقة قواعد تنازع القوانين ، وكذلك تنفذ الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية ضد المصريين المسلمين عن طريق وضع الأمر بالتنفيذ exequatur عليها ، لا عن طريق سماع الدعوى من جديد ، كما تقول بذلك المحاكم الشرعية . ولكن لا يغيب عن الذهن أن نطاق ذلك كله مقصور فقط على العلائق المالية التى أعطى الاختصاص فيها للمحاكم الجديدة .

١٦٤ — ولذلك كان طبيعيا أن يتأثر المشرع المصرى عند وضع قواعده فى تنازع القوانين بالنظريات السائدة فى أوروبا فى ذلك العهد ، وكذلك بالمبادىء التى كانت متبعة فى مصر ، فأخذ من كل ما يتناسب مع الحالة الجديدة .

وانتهت الأمور فى مصر الى توحيد تشريعى مبتور ، وأصبحت المبادىء القانونية النافذة فيها خليطا من أحكام وضعية وأحكام دينية ، يصعب أحيانا الوقوف على مرماها ، مما جعل الناس يضجون بالشكوى بغية اصلاح جديد ، لا يزال حتى الآن فى حيز التفكير (٢) .

وعندى أنه فى حالة عدم وجود نص تشريعى فى مسائل تنازع القوانين ،

---

(١) انظر المادة ٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . ومقالنا « المحاكم الأهليةوالأحوال الشخصية » . ٧٨٨ .

(٢) انظر الكتاب الثالث من هذا السفر حيث خصصنا فصلا لبحث الديانة على حدة .

فانه يجب الرجوع الى المصادر التى استقى منها المشرع المصرى قواعده ، فاذا كان نطاق المسألة مما يدخل موضوعه فى اختصاص المحاكم الجديدة فانه يجب الاستئناس بالمبادىء الجديدة ، وروح التشريع الجديد . وقد رأينا أنه يرمى الى الأخذ باقليميــة القوانين فى الحدود التى بيناها ، أما اذا كان النزاع يخرج بطبيعتــه عن اختصاص المحاكم الجـديدة ، فيجب الرجوع الى مبدأ شخصية القوانين على الوجه الذى كان سـائدا فيما مضى . كل هذا لاينفى وجوب المزج والتوازن بين المبدأين تحقيقا للتجانس فى النظام التشريعى . ولا شك أن مهمة القاضى هنا من الصعوبة بمكان (١) .

المبحث الثالث

فى

كيفية تطبيق القوانين الأجنبية

١٦٥ — رأينا فيما تقدم أن تطبيق القانون الأجنبى فى مصر يتم وفقا لما تأمر به قواعد تنازع القوانين المصرية . فالأصل اذن أن تطبيق القانون الأجنبى معقود بارادة المشرع الذى يأمر بذلك تحقيقا للعـدالة . ويظهر أمر المشرع فى شكل نص تشريعى مقرر لقاعدة من قواعد تنازع القوانين . واذا تأملنا فى هذا النص وجدنا أنه فاصل فى مسألة من مسائل تنازع القوانين . فالنص الذى يقرر بأن المواريث تخضع لقانون جنسية المتوفى ، يفصـل فى التنازع بين قانون موقع العقارات موضوع التركة ، وقانون جنسية الورثة ، وقانون جنسية المتوفى ، وقد يكون أحد هؤلاء الثلاثة مصريا . ففى هذه المســألة يتغلب قانون جنسية المتوفى وفقا لقاعدة تنازع القوانين المصرية الواردة فى المادة ٧٧ م . م . وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن قاعدة تنازع القوانين التشريعية تحوى فى الواقع مسألة من مسائل

(١) كما أنه لا جدال فى ضرورة الاهتداء بالسوابق القضائية .

تنازع القوانين وحلا لهذه المسألة . وكما يصح أن يكون الحل واحدا ، يصح أيضا أن يتعدد ، فيجيز المشرع تطبيق أحد تشريعين صراحة [١] ، أو ضمنا ، كنص المادة ٧٨ . م . م . بالنسبة لشكل الزواج اذ اعتبر مخيرا فى هذه الناحية ، بحيث يعتبر الزواج صحيحا شكلا لو تم وفقا لقانون جنسية الزوجين ، أو وفقا للشكل المحلى . ومن الجهة الأخرى ، فان النص التشريعى قد يورد حلا لمسألة معينة كما رأينا فى النصين السالفين ، أو يورد حلا لمسألة عامة ، كما هو ظاهر فى المادة ١٣٠ / ١٩٠ م . ا . م . حيث يطبق على الأهلية مطلقة أو مقيدة قانون الملة أو الجنسية على حسب الأحوال . فالحل الوارد فى النص لا يتعلق بحالة معينة من أحوال الأهلية ، وانما يشمل الأهلية على العموم أى بالنسبة لسائر التصرفات ، الا اذا وجد نص خاص [٢] .

١٦٦ — فاذا أشارت قواعد تنازع القوانين المصرية [٣] بتطبيق قانون أجنبى ، فان القاضى ملزم بذلك ، لأنه يأتمر بأمر مشرعه الذى يرمى بذلك الى تحقيق العدالة على وجهها الأكمل . فأساس المجاملة غير معترف به فى مصر ، اذ النصوص التشريعية صريحة فى وجوب تطبيق القوانين الأجنبية فى بعض الأحوال . وهذا المذهب هو المتبع فى فرنسا فقها وقضاءا ، ولو أن المشرع الفرنسى لم يأت بنص يشير صراحة الى تطبيق القوانين الأجنبية [٤] . ويمكن

(١) كما هى الحال فى المادة ١١ من القانون المدنى الألمانى وتقرر « أن التصرف يخضع فى شكله للقانون الذى يحكمه من حيث الموضوع أو لقانون محله » .

(٢) انظر Makarov . ٩٣ — ٩٧ . ومقال Rabel . مجلة القانون الدولى الخاص . ١٩٢٣ . ٦ .

(٣) وقد رأينا أن هذه القواعد تتقرر بالنصوص التشريعية والمعاهدات والعادات وتلحق بها أحكام المحاكم .

(٤) وحتى نص المادة ٤٧ . م . ف . الذى يقرر صحة التصرفات المتعلقة بحالة الفرنسيين المدنية متى تمت وفقا للشكل المقرر فى البلاد الأجنبية ، فانه معتبر مقرر قبل كل شيء لحكم =

القول اذن ، على هذا الأساس ، أن تطبيق القانون الأجنبي انما هو نتيجة لسيادة المشرع المصرى فى بلاده ، اذ يأمر باستبعاد تشريعه وتطبيق هذا التشريع الأجنبي ، وهكذا يعتبر القانون الأجنبي الذى يطبق فى النزاع المطروح أمام القاضى المصرى ، فى منزلة القانون المصرى نفسه . وهذا ما دعا البعض الى القول بأن القانون الأجنبي عند تطبيقه يأخذ صفة القانون الوطنى ، أى يتجنس بجنسية القانون الوطنى (١) . على أن القضاء فى فرنسا لا يرحب بهذه الفكرة ، بل يميل الى الأخذ بفكرة عكسية ، مدارها أن القانون الأجنبي الذى يطبقه القاضى الوطنى يظل محتفظا بصفته الأجنبية ، وآية ذلك أنه لا علاقة بينه و بين السلطة التشريعية الوطنية . ولهذا الخلاف أهميته كما سنرى حالا .

١٦٧ — ومن المقرر أنه كلما أشارت قواعد تنازع القوانين الوطنية بتطبيق قانون أجنبي وجب على القاضى أن يقوم بذلك من تلقاء نفسه d'office حتى ولو سكت الأخصام قصدا أو جهلا عن طلبه . وعلة ذلك أن قاعدة تنازع القوانين جزء من التشريع الداخلى ، فلا يسوغ للقاضى اهمالها ، اذ رأينا أن الأخذ بقواعد تنازع القوانين بعيد عن اعتبارات المجاملة التى كانت تتيح للمحاكم اهمال أو اعمال نصوص القوانين الأجنبية وفقا لما تراه (٢) . ومن الواضح هنا أن القانون الأجنبي يعامل نفس معاملة القانون الوطنى ، اذ المفروض على القاضى تطبيقه بغض النظر عن الاعتبارات السالفة . وهذه النتيجة متفقة كل الاتفاق مع الرأى الأول الذى أشرنا اليه فى البند السالف . على أن هذا المسلك مخالف لما

= فى منفعة الفرنسيين أنفسهم قبل الأجانب ، ولو أن النص ذكر الأجانب أيضا . وها هو منطوقه
« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fait foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays ».
وليس له مقابل فى مصر .

(١) انظر Bartin . ١ . ٢٧٣ . وكذلك رسالة Jean Barb باريس سنة ١٩٣٠ وموضوعها « L'application des lois étrangères et la Cour de cassation ».

(٢) راجع . Poullet . ٤٢٦ .

هو متبع فى انجلترا اذ يجرى القضاء هناك على اعتبار أنه يوجد فى الأصل توافق بين أحكام القانون الانجليزى والقانون الأجنبي المتنازع معه ، فاذا أراد أحد الخصمين تطبيق القانون الأجنبي وجب أن يثبت أن هذا القانون مخالف فى أحكامه للقانون الانجليزى ، حتى اذا أخفق فى ذلك وجب تطبيق القانون الانجليزى (١) .

١٦٨ — ومن المقرر أيضا ، أن على القاضى عبء بحث الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبي ، وهل هى متفقة مع ما يدعيه الخصم أو لا . ولا شك أن هذه المهمة شاقة ولذا اعتادت الحكومات (٢) أن تسهلها على القضاة فيها ، عن طريق انشاء ادارات خاصة بجمع الوثائق المتعلقة بالتشريعات الأجنبية . على أنه من المعتاد عملا ، أن يعاون صاحب المصلحة فى الدعوى ، القضاء فى تأدية هذه المهمة ، فيقوم بتقديم شهادات رسمية مثبتة لحكم القانون الأجنبي فى الموضوع محل النزاع ، سواء كان هذا الحكم واردا فى نص تشريعى ، أو أحكام قضائية صادرة من هيئات عليا ، أو فتاوى من أساتذة الحقوق فى البلد الأجنبي. ولاشك فى أن القاضى غير ملزم بالأخذ بما تقول به هذه الوثائق ، بل له أن يعتمد على أبحاثه الخاصة . ومن الواضح أيضا هنا أن القانون الأجنبي يعامل نفس معاملة القانون الوطنى ، اذ المفروض علم القاضى بالقانون الوطنى . وقد رأينا أننا نفترض هنا علمه بأحكام القوانين الأجنبية . وهذا الافتراض مشكوك جدا فى مطابقته للواقع ، ولذا اعتاد القضاء فى الكثير من الأحوال ، فى فرنسا و بلجيكا ، أن يلزم صاحب المصلحة بتقديم الأدلة اللازمة لاثبات حالة القانون الأجنبي ، وأن أحكامه تتفق مع ما يدعيه (٣) . وقد أخذت الأحكام المختلطة فى مصر ، فى بعض

---

(١) انظر ايضاح القواعد المتعلقة بهذه المسألة فى Westlake . ٤٠٧ وما بعدها و Weiss ٣ . ١٨٢ .

(٢) وهناك ادارة خاصة فى فرنسا بوزارة الحقانية ، أما فى مصر فمن الميسور الاستعانة بوزارة الخارجية اذا دعت الحال الى ذلك .

(٣) انظر Poullet . ٤٢٧ وعلى الأخص هامش (١) حيث تجد أحكاما كثيرة . وكذلك Bartin . ١ . ٢٧٦ وما بعدها .

أحكامها [١] بهذا الرأى .

وتتفق النتيجة السالفة من الوجهة النظرية مع الرأى الأول ، أما من الوجهة العملية فهى متفقة مع الرأى الثانى .

١٦٩ — ولكن المسألة التى أثارت الجدل ، حتى اليوم ، تدور حول معرفة حق محكمة النقض فى مراقبة أحكام المحاكم الأخرى التى تأخذ بالقوانين الأجنبية . ويقصد بالأخذ بالقانون الأجنبي تطبيقه application وتفسيره .

من المتفق عليه أن التطبيق يخضع لرقابة محكمة النقض [٢] . فاذا أخذت المحكمة المرفوعة اليها الدعوى بقانون آخر خلاف القانون الأجنبي الواجب التطبيق فان حكمها يكون قابلا للنقض ، ولو كانت قد طبقت القانون الوطنى . ويقصد بهذه الرقابة حماية قاعدة تنازع القوانين الوطنية وحسن تطبيقها ، فهى اذن حماية ترمى الى ضمان سير العدالة . أما اذا كانت المحكمة قد أخطأت فى تفسير أحكام القانون الأجنبي ، فهنا قام خلاف كبير بين القضاء والشراح فى فرنسا . فيقول القضاء [٣] هنالك بعدم جواز النقض ، ويقول الفقه [٤] برأى

---

(١) قارن حكم ٤ ابريل سنة ١٩١٨ . جازيت . ٨ . ٢٦٩ .

(٢) وهذا القضاء مقرر منذ زمن بعيد بمقتضى حكم نقض فرنسى مدنى فى ٢٤ أغسطس سنة ١٨٨٠ سيرى ١٨٨٠ . ١ . ٤١٣ . وحكم آخر فى ١٩ مارس سنة ١٩١٨ . سيرى ١٩١٨ . ١ . ٨٣ و De Vareilles-Sommières . ٢ . ٢٩٠ و Pillet . ١ . ١٣٢ .

(٣) راجع الأطوار التى مر بها قضاء محكمة النقض فى مقال Appert . المجلة . ١٩١٣ . ٣٣٩ وما بعدها . ويتبين منه أن محكمة النقض حتى سنة ١٨٦٩ كانت تفرق تفرقة حاسمة بين التطبيق والتفسير ، ولكن فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر كانت محكمة النقض تعطى نفسها حق مراقبة تفسير القانون الأجنبي ، اذا كان تطبيقه حاصلا وفقا لنص صريح وارد فى التشريع الفرنسى (كالمواد ٤٧ ، ١٧٠ و٩٩٩) كما فى حكم ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ . سيرى . ١٨٧٤ . ١ . ١٤٥ . أما فى الفترة الأخيرة فان محكمة النقض تجرى على عدم مراقبة التفسير أصلا . كما فى حكم ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ . Clunet ١٩١٨ . ٧١٤ .

(٤) انظر مقال Demangeat . Clunet . ١٨٧٤ . ١٢ — ١٦ Ferraud-Giraud . Clunet . ١٨٩٢ . ٢٥٧ . Weiss . ٣ . ١٩٧ . Pillet . ١ . ١٤١ . Poullet . ٣٨٨ =

عكسي . وحجة محكمة النقض الفرنسية فى ذلك ، أنهـا لم تنشأ لتفسير القانون الأجنبي تفسيرا ملزما ، وأنه يخشى أن تخطيء فى تحقيق هـذه المهمة الشاقة ، ولذلك تنتهى الى اعتبار مسـألة تفسير القانون الأجنبي مسألة متعلقة بالواقع question de fait . وأما رجال الفقه فيقولون بضرورة معاملة القانون الأجنبي معاملة القانون الوطنى ، من هذه الوجهة أيضا ، تحقيقا للعدالة . ومقتضى هذا الرأى اعتبار مسألة تفسير القانون الأجنبي متعلقة بالقانون question de droit . ومن الفقهاء [1] من يرى اعطاء محكمة النقض حق الرقابة ، فقط ، فى حالة ما اذا كانت المحكمة التى فصلت فى الدعوى قد فسرت القـانون الأجنبي تفسيرا يخرج به خروجا ظاهرا عن مقتضاه ، اذ أنها لا تكون بذلك قد طبقت فى الحقيقة القانون الأجنبي الذى أشارت به قواعد الاسناد [2] .

١٧٠ — ومن المعلوم أنه لا توجد فى مصر محكمة مختلطة للنقض ، لذلك لم تعرض الصعوبات السالفة أمام القضاء المختلط . ولـكن من المحتمل أن تعرض أمام القضاء الأهلى اذ توجد محكمة مصرية للنقض . ومع ذلك فانها لم تعرض حتى الآن بشأن تطبيق القانون الأجنبي ، بل عرضت بشأن تطبيق قواعد الاسناد

= Valéry. نبذة ٤٣٥ — ٤٤٠ . Surville . ٥٩ . Bartin . ١ . ٢٩٢ . ومن أنصار محكمة النقض Lerebours-Pigeonnière . نبذة ٢٣٣ — ٢٣٥ وكذلك Jean Barb فى رسالته السابق الاشارة اليها . ١٦٣ — ١٦٧ .

(١) انظر دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٤ — ١٩٣٥ . ١١٦ .

(٢) وهناك مسائل أخرى حصل التساؤل عن حق محكمة النقض فى رقابتها وهى أولا : مسألة الأثر اللارجعى للقوانين ، وهل يعمل بأحكام القانون الأجنبي حتى ولو عدل بقانون لاحق نص فيه على أن له أثرا رجعيا ، وماذا يكون الحـكم اذا لم يوجد مثل هذا النص ، فهل تطبق المبادىء الوطنية فى الأثر اللارجعى ، أو يؤخذ هنا بمبادىء القانون الأجنبي؟ ثانيا : مسألة وجود نزاع حول عدم دستورية القوانين ، فهل تراقب ذلك المحاكم الوطنية ، اذا كانت محاكم القانون الأجنبي تملك هذا الحق ؟ ثالثا : مسألة وجود تناقض بين القانون الأجنبي وبين معاهـدة عقدتها تلك الدولة الأجنبية ، فأى المبادىء واجبة التطبيق ؟ وقد أثار هـذه المسائل العلامة Bartin وأورد لها حلولا بعد أن قتلها بحثا . راجع مؤلفه . ١ . ٢٩٥ — ٣٠٢ .

الداخلية [١] . وأعطت المحكمة لنفسها حق رقابة تطبيق الشرائع الدينية المختلفة ، ولكنها لم تتعرض لتفسيرها .

١٧١ — فاذا كان تطبيق القانون الأجنبي حاصلا بناء على نصوص معاهدة دولية ، فان هذه النصوص تعتبر جزءا من القوانين الداخلية [٢] ، ما دامت المعاهدة قد أصبحت نافذة بعد استيفاء الشروط المقررة فى القانون الدولى العام ، وهى التوقيع والمصادقة وتبادل التصديقات ، وأحيانا ، صدور قوانين داخلية قاضية بتنفيذها حتى تصبح ملزمة لجميع الأفراد . فاذا حصل خطأ فى تطبيق نصوصها ، فتتبع أحكام الرأى الأول ، على خلاف فيه .

أما اذا كان تطبيق القانون الأجنبي حاصلا بناء على أحكام العادات ، فقد ذهب البعض الى القول بأن العادة مصدر للقانون غير مكتوب ، فاذا أخطأ القاضى فى تطبيقها فلا يمكن نقض حكمه . ولكن هذا الرأى غير معمول به

(١) انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢١ يونيه ١٩٣٤ . مجلة القانون والاقتصاد . ٤ . ملحق العدد السابع ٢١٩ . وكذلك الحكم الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٣٥ . مجلة القانون والاقتصاد . ٥ . ملحق العدد الثالث .

(٢) ولا صعوبة فى ذلك اذ كانت المعاهدة قد صدق عليها فى شكل مرسوم أو قانون على حسب الأحوال (وهذا هو الغالب فى مصر) اذ أنها ستعرض أمام المحاكم الوطنية بهذه الصفة ، ولذا تلزم بتطبيق أحكامها التى تشير بالأخذ بقانون أجنبي فى الأحوال المنصوص عليها . ولكن موطن الصعوبة هو حالة عدم صدور المعاهدة فى الشكل السابق ، فهل تلزم المحاكم مع ذلك بتطبيقها . والمسألة خلافية فأصحاب المذهب الثنائى dualiste أى مذهب التفرقة بين المعاهدة والنصوص الداخلية ، يقولون ان المحاكم الوطنية غير ملتزمة بتنفيذ أحكام المعاهدة فى هذه الحالة ، ما دامت السلطة التشريعية لم تصدق عليها (انظر Anzilotti القانون الدولى ترجمة Gidel . ٤٠٣) أما أصحاب المذهب الموحد moniste فيقولون ان للمعاهدة قوة أكبر وأعلى من قوة النصوص الداخلية ، فيجب تنفيذها من جانب المحاكم فى جميع الأحوال . انظر حكم محكمة باريس ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ . سيرى ١٩٢٧ . ٢ . ١٠٢ . وتعليق Niboyet . وكذلك رسالة Naurois . تولوز . ١٩٣٤ وموضوعها Les traités internationaux devant les juridictions nationales ». 73 et suiv. ، وأيضا رسالة Chailley باريس . ١٩٣٢ ، ودروس Mestre فى مجموعة لاهاى ١٩٣١ . ٢٣٣ .

الآن ، لأن التفرقة التى يقول بها غير معقولة ، ولا تتفق مع الواقع ، ولذا كان الراجح اعتبار قواعد العادات كالنصوص القانونية ، فاذا حصل خطأ فى تطبيقها جاز نقض الحكم ، كما سبق أن بيناه .

المبحث الرابع

فى

نظرية الأوصاف القانونية (التكييف)

١٧٢ — من المعلوم أن تطبيق قواعد تنازع القوانين قد يؤدى فى الكثير من الأحيان الى تطبيق تشريع أجنبى ، واستبعاد التشريع الوطنى . وهذه النتيجة مخالفة لمبدأ اقليمية القوانين . ومعلوم أن الوصول الى تحقيقها معقود بتوافر شروط معينة تقررها قاعدة تنازع القوانين نفسها . و بيان ذلك أن هذه القاعدة تتكون من شقين : الأول ، يبين مسألة التنازع ، والثانى يبين الحل ، الذى قد يكون مقتضاه الأخذ بأحكام تشريع أجنبى . ولا يهمنا الآن بحث الصعوبات التى تثار حول تنفيذ الشق الثانى — وان كنا قد بحثنا بعضها فى المبحث السالف وما بقى سنعالجه فى المبحث اللاحق — وانما نعرض هنا للصعوبات التى تثار حول تنفيذ الشق الأول ، والمراد بها الصعوبات المتعلقة بالتكييف qualification . فاذا كان الشق الأول من القاعدة قد حوى مسألة الأهلية مثلا [١] ، أو مسألة الميراث (٥٤/٧٧ م . ا . م .) فمن الطبيعى أن يحصل التساؤل عن القانون الذى يرجع اليه فى وصف العلاقة القانونية المتنازع فيها ، لمعرفة ما اذا كانت حقيقة متعلقة بالأهلية أو بالشكل ، بالميراث أو بالنظام المالى للزوجين . وأسارع هنا الى القول بأن الاجابة عن ذلك أثارت خلافات كبيرة منذ أواخر القرن الماضى . ففضل البعض ، ورأيهم غالب ، قانون القاضى [٢] ، وقال آخرون

---

(١) انظر المادة ١٣٠/١٩٠ م . ا . م .

(٢) انظر Bartin . ١ . ٢٢١ وما بعدها .

بالرجوع الى القانون الذى يحكم موضوع العلاقة [1] ، وذهب نفر الى ضرورة استبعاد القانونين السالفين ، والركون الى الأفكار الخاصة التى يقضى بها القانون المقارن [2]. فاذا انتهينا من وصف العلاقة القانونية وثبت لنا أنها داخلة فى الأهلية أو فى المواريث ، أمكننا بعد ذلك تنفيذ الشق الثانى من قاعدة التنازع ، أى الشق المبين لحكم الاسناد للقانون الأجنبي أو الوطنى على حسب الأحوال .

١٧٣ — والواقع أننا اذا قلنا مع الأغلبية بالرجوع الى قانون القاضى Lex fori فان معنى ذلك أن قواعد تنازع القوانين فى كل تشريع تعتمد فى تطبيقها على ما تقول به القواعد الموضوعية فى ذلك التشريع . وغير خاف أن هذه القواعد الموضوعية وضعت فى الأصل للفصل فى العلائق القانونية الوطنية ، كما أن قواعد تنازع القوانين موضوعة لبيان القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المختلفة التى تتنازع حكم علاقةقانونية ذات عنصر أجنبي . فالأصل فيها اذن أنها قواعد محايدة لا تشير بتطبيق قانون دون آخر الا بقصد تحقيق العدالة . وعلى ذلك ألا يعد خرقا لحيادها أن تعتمد مقدما فى تطبيقها على النصوص الموضوعية الوطنية ؟ وربما كان من المفيد هنا أن أوجه الأنظار الى أن القضاء عند أخذه بهذا الرأى انتهى فى الكثير من الأحوال الى تطبيق تشريعه موضوعيا . وهكذا أصبح اخضاع التكييف لقانون القاضى من ضمن الوسائل التى يعتمد عليها فى استبعاد تطبيق التشريعات الأجنبية ، والعودة للتشريع الوطنى ، أو بعبارة أخرى الرجوع الى مبدأ اقليمية القوانين ، بمعنى تطبيق قانون القاضى [3] .

١٧٤ — وأول من وجه الأنظار الى بحث مسألة التكييف وأهميتها

---

(١) انظر مقال Despagnet ، Clunet — ١٨٩٨ — ٢٥٣ . Valéry ، ٥٥ و Surville ١٦ نبذة ٩٠ .

(٢) انظر بحث Rabel المنشور بمجلة القانون الدولى الخاص . ١٩٣٣ . ٢ — ٦٢ .

(٣) قارن دروس Lévy-Ullmann الليسانس ١٩٣٤ — ١٩٣٥ . ٢٧١ .

كاتب ألمانى يدعى Kahn وذلك فى خلال القرن التاسع عشر[1] ، ثم أعقبه فى شرحها و بيانها ، فى فرنسا العلامة Bartin [2] . ولـكن أفـكاره صادفت بعض المعارضة من جانب الاستاذ Despagnet [3] . هذا من جهة الفقه [4] ، أما من جهة القضاء فانه قد فصل فى مسألة التكييف مرارا وتكرارا بغير أن يلمس وجه الصعوبة فيها ، بل جرى على حلها ، فى الغالب ، على وجه ملائم ، بغير اثارة للضجة التى أقامها حولها الـكتاب .

١٧٥ — ويراد بعملية التـكييف تحديد الوصف القانونى أو الطبيعـة القانونية لعلاقة قانونية معينة أو للنظام القانونى institution الذى يتضمن تلك العلاقة [5] . وتكون عملية التكييف اذن عملية عقلية يقصد بها تحليل الوقائع أو التصرفات التى تعرض أمام القاضى ، وذلك للوقوف على الوصف الذى يعطيه اياها القانون . فالأشخاص والأشياء والتصرفات والاجراءات . . الخ قيمتها محدودة فى وجودها من الوجهة المادية ، ولـكن من الوجهة القانونية لابد من وصفها حتى يمكن معرفة الحقوق أو الواجبات التى يتمتع بها أو يتحملها أشخاص معينون .

---

(١) وقد نشر بحثه فى سنة ١٨٩١ فى Iheringsjahrbücher . الجزء الثلاثين . ١٠ وأعيد نشره فى Abhandlüngen Zum Internationalens Privatrecht, 1928. I. 92 .

(٢) فى مقال نشره فى Clunet . ١٨٩٧ على ثلاث مرات ، جمعها فى كتابه « Etudes de droit International Privé » 1899. 1 — 82.

(٣) فى مقال نشره فى Clunet ١٨٩٨ . ٢٥٣ — ٢٧٣ . والغرض الأساسى من هذه الأبحاث هو معرفة الى أى حد يمكن توحيد قواعد تنازع القوانين .

(٤) ولم يهتم الفقه الانجليزى بدراسة مسألة التـكييف الا أخيرا حيث ظهرت تحت اسم آخر Classification . انظر The British year book of international law . ١٩٣٤ نص محاضرة الأستاذ Beckett . كما بحث المسألة أيضا Cheshire الأستاذ بجامعة أوكسفورد فى كتابه الذى وضعه فى سنة ١٩٣٥ فى القانون الدولى الخـاص . وكتب فى الموضوع نفسه الأمريكى Lorenzen فى مجلة القانون لجامعة كولومبيا . ١٩٢٠ .

(٥) وذلك وفقا للتعريف الذى أورده Bartin صاحب نظرية التـكييف ، راجع مؤلفه . ١ . ٢٢٩ .

وكان التكييف فى أول الأمر منصبا فقط على العلاقة القانونية rapport de droit موضوع النزاع ، ولكن أدرك العلماء فيما بعد ، أن التكييف لا بد أن يكون محله النظام القانونى الذى تدخل فى نطاقه العلاقة السابقة ، حتى يجيء صحيحا بعيدا عن الخطأ (١) .

وتحديد الوصف القانونى لمسائل تنازع القوانين أمر من الأهمية بمكان ، لأنه بغير ذلك لا يمكن تطبيق القواعد المتعلقة بها . فاذا رجعنا مثلا الى المادة ١٣٠/١٩٠ م . ا . م . وجدناها تقول بتطبيق قانون جنسية الشخص أو ديانته على مسائل الأهلية المطلقة أو المقيدة . فيتحتم اذن لتطبيق هذا النص أن نتأكد أولا ، أن المسألة المعروضة أمام القضاء للفصل فيها ، هى مسألة متعلقة بالأهلية ، وليست بالشكل . وكذلك فان حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة يخضع لأحكام الشريعة المحلية أى الشريعة الاسلامية وفقا لأحكام المادة ٧٧/٥٤ م . ا . م . وكذلك لأحكام لائحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ هجرية . فيلزمنا كى نطبق هذه الأحكام أن نتأكد أولا من أن المسألة متعلقة بمواريث (٢) ، واذا كانت كذلك فهل

---

(١) هذا هو مقتضى التعريف الأخير لعملية التكييف . انظر موسوعات القانون الدولى . ١٠ تحت كلمة qualification . ونسوق المثل الآتى للدلالة على أهمية التفرقة بين تكييف العلاقة القانونية وحدها وتكييف النظام القانونى الذى يتضمنها برمته . فاذا فرض أن زوجة انجليزية أو امريكية ، توجهت الى فرنسا ، فهل يحق لها بغير اذن زوجها أن تتعاقد ؟ اذا كيفنا العلاقة القانونية وحدها انتهينا الى أن المسألة هنا متعلقة بالأهلية ، ومن ثم تخضع ، وفقا للقانون الفرنسى لقانون الجنسية ، وقانون الجنسية هنا يبيح للزوجة التعاقد ، ولكن اذا كيفنا هذه العلاقة باعتبار أنها متعلقة بالنظام القانونى الخاص بمدى أهلية المرأة المتزوجة ، فانه يمكن القول بأن هذا النظام يرتكز على اعتبارات اجتماعية وعائلية ، مدارها ضرورة حماية أموال العائلة واحترام سلطان الزوج وتركيز ادارة الشئون العائلية فى الزوج دون الزوجة . وعلى ذلك يمكن القول بوجوب تطبيق أحكام القانون الفرنسى بناء على الاعتبارات السابقة ، وظاهر تعلقها بالنظام العام . فالحل اذن يختلف باختلاف موضوع التكييف ، وظاهر فى هذا المثل أن حصول التكييف على الوجه الأخير ينتهى بتطبيق القانون الوطنى أى القانون الفرنسى لو عرض الأمر أمام محكمة فرنسية . قارن بند ١٧١ من مؤلفنا .

(٢) ولنترسل فى ذلك مجاراة للفظ النص فقط اذ المعلوم أنه لا ارث فى منفعة الأموال الموقوفة .

الارث متعلق بأموال موقوفة أو بأموال حرة ؟ عنـدئذ يمكننا أن نطبق الحلول الواردة فى القواعد السالفة .

١٧٦ — ومما تقدم يمكننا أن نستخلص نتيجتين هامتين : الأولى : أنه توجد فى تشريع كل دولة ، قواعد وظيفتها تحديد الأوصاف القانونية للأشخاص والأشياء والتصرفات . . . الخ . ويطلق على هذه القواعد اسم قواعد التكييف Les règles de qualification . الثانية : أن تطبيق هـذه القواعد سابق لتطبيق قواعد الاسناد ، أو بعبارة أخرى ، لا يمكن تطبيق الثانية الا بعد تطبيق الأولى . فالاتصال اذن بينهما وثيق ، لأن قواعد الاسناد تظل مجردة abstraites الى أن تبين لنـا قواعد التكييف توافر شروط تطبيقها . وقد دعا ذلك البعض الى تشبيه قواعد التكييف بأنهـا بمثابة الزيوت اللازمة لادارة الآلات . والواقع أن تطبيق قواعد التكييف يعتبر خطوة أولى وتمهيدية لمعرفة ما اذا كانت العلاقة القانونية تخضع للقانون الوطنى أو لقانون أجنبى ، وفقا لما تقول به قواعد الاسناد .

١٧٧ — ومن المشاهد أن قواعد التكييف تختلف باختلاف التشريعات . فما هو معتبر من الشكل فى بلد قد يعتبر من الأهلية فى بلد آخر . فوفقا للتشريع الفرنسى (٩٩٩ مدنى فرنسى) للفرنسيين الحق فى الايصاء بورقة عرفية ، أى أن الوصية تعتبر صحيحة ما دامت مكتوبة كلها بيد الموصى testament olographe ، ولو تمت فى الخارج[1] . ووفقا للتشريع الهولندى لا يصح للهولنـديين أن يكتبوا وصاياهم فى هذا الشكل ، فان فعلوا ، ولو فى الخارج ، كانت الوصية باطلة (المادة ٩٩٢ هولندى) . فاذا كتب هولندى وصيته فى فرنسا وفقا للشكل العرفى وعرض النزاع بشأن هذه الوصية أمام محكمة فرنسية ، فانه يوجد فى الحقيقة نوعان من التنازع ، تنازع قوانين فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم الوصية موضوعيا وهل هو قانون بلد ابرام التصرف أوقانون جنسية الموصى . وتنازع فى التكييف conflit de qualification

(١) ويقتضى التبادل بالنسبة للأجانب أن تعتبر وصيتهم صحيحة اذا تمت فى فرنسا وفقا لهذا الشكل (انظر المادة ٩٧ م . ف . أيضا) . وهذا تطبيق لقاعدة Locus .

بالنسبة لطبيعة الوصية التى تمت بالطريقة السابقة . وهل تعتبر هذه الطريقة داخلة ضمن الشكل ، أو ضمن الأهلية ، باعتبار أن المقصود من المنع الوارد فى القانون الهولندى حماية الموصى . أما بالنسبة لتنازع القوانين ، فالقانون الذى يحكم الوصية هو قانون الجنسية ، وفقا للتشريع الفرنسى ، وكذلك وفقا للتشريع الهولندى ، أى أن هناك اتحادا فى قاعدة التنازع . ولكن ما هو القانون الذى يرجع اليه لتكييف المنع الوارد فى القانون الهولندى ومعرفة هل هو متعلق بالشكل أو بالأهلية ؟ ظاهر أن صحة الوصية أو بطلانها يرتكز على الفصل فى هذه المسألة ، فاذا طبقنا القانون الفرنسى فى هذا النزاع ، فانه يقرر أن المسألة هنا متعلقة بالشكل ، والقاعدة أن شكل التصرفات يخضع لقانون بلد ابرامها Locus regit actum ، ومن ثم تعتبر وصية الهولندى صحيحة شكلا اذا ما تمت فى فرنسا ، وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية(١) . أما اذا عرض الأمر أمام محكمة هولندية فانها تقضى على خلاف ذلك ، لأن منع الايصاء على الوجه المتقدم متعلق بالأهلية طبقا للقانون الهولندى ، أى أن النص القانونى المقرر له معتبر من النصوص المقصود بها حماية protection الأشخاص ، ولذلك يتبعهم فى الخارج ، فيقضى ببطلان الوصية شكلا (٢) .

---

(١) وقضاؤها فى هذا الصدد قديم . راجع حكم استئناف ٤ اغسطس ١٨٥٩ . سيرى . ١٨٦٠ . ٢ . ٣٧ . و ١١ يوليه ١٨٨١ . سيرى ١٨٨٣ . ٢ . ٢٤٩ و ٢٠ يوليه سنة ١٩٢٣ . Clunet . ١٩٢٤ . ٤٠٣ . وعكس ذلك ١٩ فبراير ١٩٢٧ . Clunet . ١٩٢٨ . ٩٠٧ . وتعليق من الأستاذ Perroud .

(٢) وقد تتعقد الأمور أكثر لو أن الهولندى كتب وصيته فى بلد آخر وفقا للشكل العرفى المقرر فى تشريع هـذا البلد ، فان المحـكمة الفرنسية تخضع التكييف لقانونها ، ولا ترجع فى ذلك لا للتشريع الهولندى ولا لتشريع الدولة الثالثة . انظر Bartin . ١ . ٢٢٦ — ٢٢٧ . ونورد هنـا مثلا آخر للدلالة على أهمية الاختلاف فى التكييف . والمثـل مستمد من القضاء الانجليزى . وتتلخص ظروف القضيه فى أن فرنسيا متوطنا فى فرنسا ذهب الى انجلترا وهو قاصر حيث تزوج من انجليزية بغير رضا والديه اللازم قانونا . فلما عرضت صحة هذا الزواج أمام المحاكم الفرنسية ، اعتبرت أن رضاء الزوجين مسألة متعلقة بالأهلية ، فالزواج باطل . وحدث أن تزوجت المرأة الانجليزية بعد الحـكم بطلاقها من انجليزى ادعى فيما بعد أنه لا يعرف بسبق زواجها من =

واذا عرضت هذه المسألة فى مصر فانها ستعرض أمام المحاكم المختلطة ، لأن هولندا من الدول صاحبات الامتياز ، ولا يحتمل أن يحصل هنا تنازع فى التكييف بين قانون القاضى المختلط والقانون الهولندى ، لأن القانون المختلط لا يحوى نصوصا منظمة للوصية لا من حيث الشكل ولا من حيث الأهلية . فالمفروض اذن أن القاضى المختلط سيقضى كما يقضى قاضى الأحوال الشخصية (وهو القاضى الهولندى) لو أن النزاع كان قد عرض عليه . وظاهر هنا أنه يقضى ببطلان الوصية ، لأن التكييف يحصل وفقا للقانون الهولندى ، الذى يعتبر أن المنع متعلق بالأهلية ، فيقول بذلك القضاء المختلط بدوره ، ومعلوم أن اختصاصه هنا تبعى لدعوى مالية أصلية .

١٧٨ — ولكن وفقا لأى قانون يتم تكييف العلائق والأنظمة القانونية؟ المفروض عند البحث عن هذا القانون وجود تنازع فى التكييف مطروح أمام محكمة معينة ، كما اذا أريد مثلا معرفة طبيعة علاقة قانونية معينة ، هل هى شخصية أو مالية ، أو معرفة ما اذا كان حق الزوجة المقرر على بعض أملاك زوجها بعد وفاته أساسه النظام المالى أو حق الميراث ، أو هل استيلاء الحكومة على أموال من لا وارث له يحصل بناء على اعتبارها وارثة فى هذه الحالة ، أو مالكة للأموال غير المملوكة . فالمراد اذن هو الوقوف على القانون الذى يرجع اليه لتحديد هذه الأوصاف من بين القوانين المختلفة التى لا تتحد فى تكييفها أحيانا .

١٧٩ — تقول الأغلبية العظمى من رجال الفقه والقضاء ، وكذلك قرارات المؤتمرات العامة (كمؤتمر لاهاى سنة ١٩٢٥) والمعاهدات أن القانون

= فرنسى ، فطالب بالطلاق منعا لتعدد الأزواج . فحكمت به المحكمة الانجليزية معتبرة أن الزواج الأول مازال قائما ، لأن رضا الوالدين مسألة متعلقة بالشكل . وقد تم الزواج صحيحا وفقا للشكل الانجليزى . والقضية معروفة باسم Ogden. v. Ogden وتجدها مشروحة فى مؤلف الكاتب الانجليزى Hibbert . ٢٧٦ . ولا يمنع هذا التنازع مطلقا أن يعرف القانون الانجليزى تقسيم الأشكال الى أشكال خارجية وأشكال متممة للأهلية formalités habilitantes ، اذ يكون التنازع على ما يوضع فى كل من التقسيمين . راجع دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٦٩ .

المختص هو قانون القاضى . ولكن مع ذلك قام الخلاف بينهم على التعليل . فيقول Bartin (١) ان السماح بتطبيق القوانين على الأراضى الوطنية انما يحصل بناء على رغبة المشرع الوطنى التى أظهرها فى قواعد تنازع القوانين . ومؤدى ذلك أنه يتنازل عن سيادة قوانينه لمصلحة القوانين الأجنبية التى تسود فى بلاده ، سواء كان هذا التنازل أساسه رغبته فى تقرير العدالة والتزامه بذلك ، أو مجرد المجاملة الدولية . على أن الوصول الى تطبيق هذه القوانين الأجنبية يجب أن يكون مسبوقا بتكييف الأنظمة القانونية ، ولا يتصور أن يترك المشرع مسألة خطيرة كهذه متعلقة بالسيادة لحكم أى قانون أجنبى . فكما أن قواعد تنازع القوانين فى كل دولة قواعد وطنية ، كذلك قواعد التكييف وطنية بحتة ، وذلك للاتصال الوثيق بينهما ، فاذا أخضع المشرع فى بلد ما الأهلية مثلا لقانون جنسية الشخص ، فتحديد معنى الأهلية لا بد أن يكون من إختصاص المشرع الوطنى لا من اختصاص المشرع الأجنبى ، والقول بعكس ذلك (٢) يؤدى الى استبدال قواعد تنازع القوانين الوطنية بقواعد أخرى أجنبية ، اذ قد تشمل الأهلية فى القانون الأجنبى مسائل أخرى لا يعرفها ولا يقرها القانون الوطنى ، بل قد يقول هذا الأخير بخضوعها لقانون آخر باعتبار أنها متعلقة بالشكل مثلا .

هذا هو التعليل الذى قال به Bartin وظاهر أنه مرتكز على فكرة السيادة الوطنية . وهذه الفكرة ، علاوة على غموضها ، فانها لا تنهض وحدها أساسا لتقرير الحلول فى مسائل تنازع القوانين ، لذلك اقترح الأستاذ Arminjon (٣) تعليلا آخر ملخصه أن قواعد التكييف تعتبر بمثابة اطار Cadre

---

(١) انظر مؤلفه ١ . ٢٢٧ وما بعدها . ومقال « Conflits entre les lois française » Niboyet . نبذة ٢٢٠ .

(٢) وهناك من يقول بضرورة الرجوع الى القانون المقارن ، أو بعبارة أخرى الأخذ بما يقصد بالأهلية فى العالم المتمدين . راجع مقال Rabel السابق الاشارة اليها . ٢٣ .

(٣) وعند الأستاذ أن تنازع القوانين بعيد عن أن يكون تنازعا بين السيادات ، ويعتبر أن أساس تطبيق قواعد تنازع القوانين هو تحقيق العدالة مجردة عن كل اعتبار متعلق بالسيادة انظر مؤلفه ١ . ١٣٤ وما بعدها .

لكل القواعد القانونية الأخرى [١] ، لأنها تحدد معنى الأشخاص والأشياء والعلائق القانونية والحقوق والالتزامات ، ويكون من التناقض البحث أن نسمح بالتغيير والتبديل فيها كلما كانت العلاقة القانونية ذات عنصر أجنبي ، اذ المال الواحد قد يعتبر منقولا أو عقارا فى نظر تشريعين مختلفين ، فالأولى اذن أن يكون له طبيعة واحدة ، رغبة فى تحقيق العدالة على وجهها الكامل ، ولا يتم ذلك الا بتطبيق قانون القاضى دائما [٢] .

و بجانب التعليلين النظريين السالفين يوجد تعليل على آخر ، وأساسه أنه لا يمكن الوصول الى معرفة القانون الذى يحكم العلاقة القانونية المعروضة أمام القاضى الا اذا عرفت طبيعتها ، فالتكييف اذن سابق للاسناد ، فكيف يمكن تصور تطبيق القانون الأجنبى ، ولم نقف بعد على طبيعة العلاقة القانونية ؟ ألا يعد تطبيق القانون الأجنبى هنا من قبيل التنبأ السابق لأوانه ، أو ما يسمى بالمصادرة على المطلوب pétition de principe [٣] ؟ ونسوق هنا مثلا عمليا لبيان ما تقدم ، يقرر القانون الكندى أن الطلاق بين الزوجين لايتم الا بتصريح من البرلمان private bill ولا يعترف بالطلاق الذى يتم على وجه آخر . فهل النص المقرر لهذا المنع متعلق بالشكل أو بالموضوع ؟ لما عرض الأمر أمام المحاكم الفرنسية وصفته بأنه متعلق بالاجراءات مع أنه من المقرر أن المسائل المتعلقة بالطلاق

---

(١) سواء كانت قواعد موضوعية بحتة أو قواعد اسناد . انظر Pillet-Niboyet . ٤٩٩ و ٥٠١ حيث يقرر أن التنازع بشأن التكييف أكثر أهمية من التنازع بين قواعد تنازع القوانين ، لأن هذه الأخيرة تتشابه فى الغالب بخلاف الأولى . فاخضاع التكييف لقانون القاضى فيه تبسيط كبير للأمور ، ولكن هل فيه تحقيق تام للعدالة ؟ هذا ما ينازع فيه البعض . راجع مقال Rabel . ٢٠ وما بعدها .

(٢) انظر عكس ذلك مقال Despagnet السابق الاشارة اليه . ٢٦١ — ٢٦٢ . ويقول باخضاع التكييف للقانون الذى يحكم العلاقة من حيث الموضوع .

(٣) انظر Arminjon . ١ . ١٣٦ حيث يقرر صعوبة اسناد علاقة لم يتم تكييفها قانونا لحكم قانون أجنبي . وانظر Pillet . ١ . نبذة ١٢٧ . ومؤلف Donnedieu de Vabres "L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits des lois," 596.

تخضع لقانون الجنسية لتعلقها بالحالة ، ولكن تكييف مسألة الحصول على التصريح يتم وفقا لقانون القاضى . وعلى ذلك أصبح الكنديون الذين ينزحون الى فرنسا فى حل من الاجراء السالف [١] . وفى ذلك ما يظهر مقدار تأثير قواعد التكييف فى موضوع الحقوق . ومن الممكن أن نقرب هذا المثل من وصية الهولندى التى بحثناها من قبل .

١٨٠ — على أن الأستاذ Bartin [٢] وهو صاحب نظرية التكييف أضاف قيودا لتطبيق قانون القاضى ، نلخصها فيما يلى :

أولا : أنه اذا أدى تطبيق قواعد التكييف وقواعد الاسناد فى قانون القاضى الى اخضاع العلاقة القانونية الى حكم قانون أجنبى ، فان التكييفات اللاحقة كلها تخضع لهذا القانون . فاذا وصفت مسألة بأنها متعلقة بالأهلية ، وخضعت لقانون أجنبى معين ، فهذا القانون هو الذى يحدد لنا متى يعتبر الشخص بالغا ومتى يعتبر قاصرا ، كذلك يحدد لنا معنى الحجر والسفه . ووفقا لما تقدم ، فان المادة ٩٩٩ فرنسى تجيز للفرنسيين عمل وصية فى الخارج بالشكل الرسمى ، فتحديد هذا الشكل متروك لتشريع البلد الذى تمت فيه الوصية .

ثانيا : أنه اذا كان تطبيق قواعد التكييف والاسناد فى قانون القاضى يخضع العلاقة المتنازع فيها لحكم قانون ارادة المتعاقدين ، واختار المتعاقدان قانونا أجنبيا ، فان هذا القانون هو الذى تتبع أحكامه بالنسبة للأوصاف اللاحقة . فاذا أريد مثلا وصف حادثة هل هى شرط أو أجل ، أو معرفة هل هناك تضامن كامل أو ناقص ، ايجابى أو سلبى . . الخ فيرجع فى كل هذا الى القانون الأجنبى ، لأنه اذا كانت سيادة الدولة قد سمحت بتطبيق قانون أجنبى فلا محل

---

(١) وقد اتبع نفس الحل بالنسبة لليهود النمسويين . نقض ٢٩ يوليه ١٩٢٢ . دالوز . ١٩٢٥ . ١ . ١٢٧ . و Pillet-Niboyet . ٥٠٤ وظاهر انه يوجد هنا اتحاد فى قاعدة تنازع القوانين واختلاف أو تنازع فى التكييف .

(٢) مؤلفه . ١ . ٢٣١ وما بعدها . ومقال Rabel . ٢٠ وما بعدها . و Arminjon . ١ . ١٤١ وما بعدها .

بعد ذلك للرجوع الى القانون الوطنى .

ويلاحظ مما تقدم أن مسائل التكييف لا تسبق فقط تطبيق قواعد تنازع القوانين ، بل تستمر فى الدعوى حتى تصبح صالحة تماما للحكم ، وأكثر الأوصاف أهمية السابق منها لتطبيق قواعد تنازع القوانين .

واذا تأملنا فى الاستثنائين السالفين ، وكذلك فى الملاحظة الأخيرة وجدنا أن الاستثنائين لا يتعلقان بقواعد التكييف المعروفة فى القانون الدولى الخاص ، اذ العبرة كما قلنا بالتكييف السابق للاسناد ، والحال هنا تخالف ذلك ، ويكون الاستثناء الثالث الذى قال به الاستاذ هو الاستثناء الحقيقى ، وموضوعه أن وصف المنقول أو العقار متروك لقانون موقعه . فاذا كان تشريع هذا الموقع يقول بأن المنقول يصبح عقارا بالتخصيص أو عقارا خالصا ، مع أن قانون القاضى لا يعطيه هذه الصفة ، فالعبرة بالتشريع الأول ، لأن نظام الأموال عليه عماد الطمأنينة فى المعاملات سواء بالبيع أو بالرهن . ولهذا كان من الأفيد تحقيقا لهذا الغرض ، أن يترك تحديد صفة الأموال ، وتحديد صفة الحقوق التى يمكن أن تترتب عليها لقانون موقعها . وينازع الأستاذ Niboyet ، مع ذلك فى صحة هذا الاستثناء من الوجهة الفقهية .

وعنده أنه اذا كان تشريع معين يجعل الميراث فى المنقولات خاضعا ، لقانون الموطن ، فاذا فرض وأن وجدت أموال المتوفى فى بلد آخر ، فلماذا يرجع الى قانون هذا البلد لتحديد صفة المنقول والعقار ، ألا يعتبر ذلك اعتداءا من جانب القانون الأجنبى على تطبيق قاعدة تنازع القوانين الوطنية ، التى قلنا ان مداها وتفسيرها من اختصاص القاضى نفسه ؟ ويترتب على الأخذ بالرأى السالف أن قانون الموطن قد ينطبق لتوريث أموال يمكن أن تعتبر عقارات وفقا لقانون القاضى مع أنها منقولات وفقا للقانون الأجنبى (١) وهكذا يصبح تطبيق قاعدة الاسناد

---

(١) كما يصبح أن يحصل العكس ، بأن تعتبر الأموال منقولات وفقا لقانون القاضى مع أنها عقارات وفقا لقانون الموقع ، ومثال ذلك أسهم بنك فرنسا فانها تعامل معاملة العقارات فى =

الوطنية عجيبا .

وبجانب الاستثناءات السالفة توجد أحوال أخرى لا يرجع فيها الى قانون القاضى لتكييف العلائق القانونية ، ويتحقق ذلك فى حالة وجود معاهدة ملزمة لحصول التكييف وفقا لقانون آخر خلاف قانون القاضى . وقد رأينا أن القضاء البلجيكى قال بذلك بمناسبة تطبيق اتفاقية لاهاى سنة ١٩٠٢ بالنسبة للألمان الهاربين من الخدمة العسكرية اذا ما أرادوا الزواج . وهذا الاستثناء اتفاق ، وقد عرفنا أنه لا مناص من تنفيذ شروط المعاهدة (١) .

كما أنه من الممكن تصور وجود استثناء آخر فى حالة ما اذا كان النظام القانونى المطلوب وصفه وصفا قانونيا مجهولا فى تشريع القاضى ، كنظام المهر (٢) مثلا المعروف عند المسلمين دون غيرهم . ونظام الـ Trust المعروف فى انجلترا ، فكيف توصف هذه العلاقة لو أن تنازعا بشأنها رفع الى المحاكم الفرنسية ؟ يفتى الأستاذ Arminjon بوجوب البحث عن نظام قانونى مشابه فى تشريع القاضى ، وعندئذ يمكن اجراء عملية الوصف القانونى فبالنسبة للمهر يعتبر أن النزاع متعلق بالنظام المالى للزوجين . ويرى آخرون اتباع القانون الأجنبى أى القانون الانجليزى مثلا فى التكييف (٣) .

١٨١ — وتكييف الأنظمة القانونية له أثر كبير فى التشريع فى مسائل تنازع القوانين . وبيان ذلك أن بعض التشريعات تخضع مسائل الأحوال

= فرنسا ولكن لا يمكن أن تعتبر كذلك وفقا للقانون الأمريكى . انظر Pillet-Niboyet . ٥٠٩ ويسير القضاء الفرنسى على عكس ذلك ، وأشهرها حكم النقض المنشور فى سيرى ١٨٨٩ . ١ . ٣٨٧ .

(١) راجع . ٦٨ من مؤلفنا وهامش (١) . ولا يخفى أن هذه المسألة قد أثارت الخلافات . وكذلك Pillet-Niboyet . ٥١٦ وما بعدها . وفى المعاهدة المصرية الالمانية سنة ١٩٢٥ نصوص مقررة لبعض التعاريف . وهذا أمر نادر فى المعاهدات ، ويقصد به منع الخلاف فى المستقبل . انظر أيضا اتفاقات لاهاى .

(٢) انظر مؤلف ابى هيف بك . ٢٨٨ و Arminjon . ١ . ١٤٤ . ودروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٣٤ .

(٣) انظر Lévy-Ullmann المرجع السابق فى هامش ٢ .

الشخصية لقانون الجنسية ، بينما يخضعها البعض الآخر لقانون الموطن . فاذا بحثنا عن السر الحقيقى لهذا الاختلاف وجدنا أنه متعلق بالتكييف ، اذ أن الدول الأولى تكيف مسائل الأحوال الشخصية باعتبار أنها أنظمة ذات صبغة سياسية راجحة فنخضعها لقانون الجنسية . وفى الدول الأخرى تكيف مسائل الأحوال الشخصية بأنها ذات صبغة مدنيه أظهر فلذلك يطبقون بشأنها قانون الموطن ، لأن الموطن مركز حياة الشخصية المدنية . كما أن أغلب التشريعات (انجلترا وفرنسا مثلا) تجعل المواريث فى العقارات خاضعة لقانون موقعها ، بينما المانيا و پولونيا ومصر تخضعها لقانون جنسية المتوفى . فقاعدة تنازع القوانين فى هذه التشريعات مختلفة ، فلم ذلك ؟ يرجع السبب الى أنهم فى الدول الأولى يكيفون مسائل المواريث بأنها مسائل متعلقة بالأرض ، متصلة بنظم الملكية العقاريه قبل كل شيء ، فالقوانين بشأنها اقليمية ، أما فى الدول الأخرى فانهم يعتبرونها أكثر ارتباطا بنظام العائلة ، ولذلك يخضعونها للقانون الذى يحكم العلائق العائلية ، وهو قانون جنسية الأشخاص طبقا لتشريعات هذه البلاد .

وظاهر مما سبق أننا لو سلمنا جدلا بامكان توحيد قواعد تنازع القوانين فى العالم المتمدين ، وهذا هو الغرض الذى تسعى الى تحقيقه المؤتمرات والاتفاقات الدولية ، لما أمكننا مطلقا أن نصل الى اتحاد فى حلول القضايا ذات العنصر الأجنبي ، وذلك تبعا لاختلاف قواعد التكييف[1] فقد رأينا أن المسألة تعتبر من الشكل فى بلد ومن الأهلية فى بلد آخر . كما يمكن أن يعتبر الشخص متوطنا فى بلد وفقا لقانون معين مع أنه يعتبر غير متوطن فيها وفقا لقانون بلد آخر . وكذلك فان الشخص قد يعتبر وارثا فى تشريع بلد وموصى اليه فى تشريع بلد آخر . وعلى هذا القياس يمكن أن تكون الورقة تجارية (كمبيالة مثلا) فى مصر ومجرد سند عادى فى انجلترا . وهكذا

---

(١) ومن المشاهد أن هذه الخلافات موجودة بشكل واضح فيما يتعلق بقانون الأشخاص Le droit de la personne .

فانه رغم اتحاد قواعد تنازع القوانين ، فان الاختلاف فى التكييف يؤدى حتما الى اختلاف الحلول ، فيجب اذن الاتحاد على التكييف مبدئيا . ولكن الوصول الى هذه النتيجة أمر عسير . واذا كانت الدول قد أنفقت عشرات السنين للاتفاق على بعض قواعد تنازع القوانين ، فانه لابد أن تمضى أجيال عديدة حتى تتحد التشريعات الداخلية فى كل البلاد بالنسبة لجميع الأنظمة والقواعد القانونية ، وهذا ما يسعى الى تحقيقه علم القانون المقارن بخطواته البطيئة ولكن دون ذلك خرط القتاد (١) . وربما كان الاختلاف فى التكييف من أهم الأسباب التى دعت الدول الى نقض اتفاقات لاهاى (٢) .

ويثبت ما تقدم ، أنه من المحتمل أن يوجد اتحاد فى قاعدة تنازع القوانين مع وجود تنازع فى التكييف (٣) .

١٨٢ — ومشكلة التكييف ، وان كانت تعرض فى أوروبا كثيرا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، اذ تختلف فيها وجهات النظر اختلافا كبيرا (٤) ،

---

(١) كما أنه يلاحظ أننا اذا وصلنا الى هذا التوحيد فانه لا يوجد عندئذ داع لتطبيق قواعد تنازع القوانين ، اذ من المعلوم أن هـذه القواعد انما تنطبق لوجود التنازع بين الأحكام الموضوعية فى التشريعات المختلفة .

(٢) وأقصد بذلك الاشارة الى اتفاقات لاهاى التى تمت فى ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ بشأن الزواج ، اذ نص فيها على أن الحق فى عقد الزواج Le droit de contracter mariage ينظمه قانون الجنسية . ولكن لم يمنع ذلك قيام الخلاف بين ألمانيا وبلجيكا وفرنسا بشأن زواج بعض الألمان الهاربين من الخدمة العسكرية اذ لابد لهؤلاء من الحصول على اذن لصحة زواجهم فهل الاذن هنا ادارى أى متعلق بالقانون العام أو مدنى متعلق بالقانون الخاص ؟ وقد انتهى هـذا الخلاف بنقض هذه الاتفاقات من جانب الدول الثلاث . انظر مؤلفنا ٦٨٠ . هامش (١) وحكم النقض البلجيكى ١١ يونيه ١٩١٤ .

(٣) كما هى الحال فى وصية الهولندى وسنرى فيما بعد أنه يحتمل وجود تنازع بين قواعد الاسناد ، وان هذا النوع الأخير هو السبب فى نشوء نظرية الاحالة .

(٤) وقد يكون من المفيد هنا أن نشير الى ما حصل فى تركيا اذ أخذت بالقانون السويسرى حتى فى المسائل المتعلقة « بالأشخاص » وذلك يقلل كثيرا من حجة القائلين بصعوبة توحيد القواعد الموضوعية فى هذا النطاق ، نظرا لاختلاف التقاليد . وكذلك حصل بعد =

فان نطاقها محدود فى العلائق المالية ، اذ تتفق التشريعات فى الغالب على الأوصاف فيها ، وعلى الأخص التشريعات اللاتينية ، وذلك لكونها مستمدة من القانون الرومانى [١] . وقد أدى هذا التشابه الى أن دولتين من الدول العظمى ، وهى فرنسا وايطاليا ، فكرتا فى توحيد تشريعهما الخاص بالالتزامات . وقد اجتمعت لجنة مؤلفة من بعض كبار رجال القانون فى الدولتين ، وانتهت هذه اللجنة الى وضع مشروع يعرف باسم المشروع الايطالى الفرنسى للالتزامات . ولكنه لم ير التنفيذ بعد [٢] .

١٨٣ — أما فى مصر فمشكلة التكييف تعرض كثيرا بمناسبة تحديد الاختصاص الداخلى . ومن المعلوم أن الخلاف قائم حول تحديد معنى بعض الاصطلاحات ، ومثال ذلك « أهالى » و « أصل الوقف » و « الأحوال الشخصية » [٣] . ولكن فى مسائل تنازع القانون الدولى ، فان الاختلاف على التكييف محدود . والعلة فى ذلك ترجع الى عدم وجود قانون وطنى يمكن أن ينازع القوانين الأخرى التكييف . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فانه ليس هناك هيئة مختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية ، وهى المجال المعتاد للتنازع فى التكييف . ولكن لما كانت المحاكم المختلطة تفصل فى بعض الأحيان فى مسائل داخلة ضمن الأحوال الشخصية ، بصفة فرعية على الأخص ، فقد سنحت لها الفرصة فى أن تفصل فى المسائل التى يثيرها التنازع فى التكييف ،

= انضمام الالزاس واللورين الى فرنسا أن طبقت فيها بعض التشريعات الفرنسية المتعلقة بالنظام المالى للزوجين وهى مخالفة تمام المخالفة للتشريع الألمانى الذى كان سائدا من قبل ، ولم يعترض أحد .

(١) ومن المفيد أيضا أن نوجه النظر هنا الى ما هو حاصل فى ألمانيا بعد النظام الهتلرى ، اذ قد اضمحلت دراسة القانون الرومانى فيها رغبة فى احياء دراسة النظم الجرمانية القديمة وسينتهى ذلك فى المستقبل القريب الى تعديلات تشريعية كبيرة فى ألمانيا مما يضعف الأمل فى حركة التوحيد التى يسعى الى تحقيقها القانون المقارن .

(٢) وربما كان للاعتبارات السياسية دخل كبير فى عدم نفاذه حتى الآن ، وهذا ما فهمناه من أحد أعضاء اللجنة الأستاذ Henri Capitant بكلية حقوق باريس .

(٣) أبو هيف بك « المرافعات المدنية والتجارية » ١٩٢١ . ١٤١ وما بعدها .

فقررت أن التكييف يتم وفقا لقانون القاضى .

وهـذا ما حكمت به محكمة الاستئناف المختلطة [١] فى قضـية البرنس محمد جمال الدين وقد تزوج من انجليزية فى لندن سنة ١٩٢٣ وفقـا للشكل المقرر فى القانون الانجليزى لزواج الأجانب . فلما أتى الزوجان الى مصر حصل أن دب بينهما دبيب الخلاف فطلق البرنس زوجته ، فتزوجت هذه عقب ذلك من عضو آخر من أعضاء الأسرة المالكة المصرية . وبعد فترة وجيزة من هـذا الزواج ، قتلت فى حادثة سيارة . فطالب ورثتها فى انجلترا بتنفيذ الاتفاق الذى كان قد تم بين الزوجين ، ومقتضاه أن يعطى الزوج لزوجته كل عام ٣٠٠٠ جنيه مدة عشر سنوات ، ويدفع هذا المبلغ من تركته اذا توفى قبل فواتها ، وكان قد اشترط صراحة فى الاتفاق أنه محكوم بالقانون الانجليزى . فاعترفت المحكمة بمشروعية المشارطة رغم أن القانون الواجب التطبيق وفقا المادة الرابعة مدنى مختلط هو قانون جنسية البرنس ، أو بعبارة أخرى الشريعة الاسلامية التى هى فى الوقت نفسه قانون موطن الزوجية [٢] ، لأن الزوجة حضرت مع زوجها للاقامة فى مصر عقب الزواج مباشرة .

ومن النقط التى أثارت الخلاف فى هذه القضية ، أن الورثة أرادوا أيضا الاحتفاظ بالجوهرات الثمينة التى قدمها الزوج الأول لزوجته ، ولكن نازع فى ذلك الزوج وطالب باستردادها معتمدا فى ذلك على أن القانون الانجليزى يبيح للزوج أن يقدم لزوجته ما يلزم لظهورها فى المجتمع بشكل يتفق وكرامة الزوج pin money ، وذلك على سبيل العارية تقريبا [٣] . وقال محامى الورثة بأن هذه الجوهرات قد قدمت على سبيل الهبة التى تصح بين الزوجين وفقا للشريعة الاسلامية .

---

(١) والحكم منشور فى م . ت . م . ٣٨ . ٤٧٧ .

(٢) وحكمة الاشارة الى قانون موطن الزوجية هى أن المحاكم جرت على اعتبار أن هـذا القانون هو الذى يحكم المشارطات المالية بين الزوجين عند عدم الاتفاق صراحة .

(٣) فلا يصح لممثلى الزوجة (أى ورثتها الآخرين) أن يطالبوا بهذه الأشياء بعد وفاتها .

فلو كيفنا هذه العلاقة وفقا للقانون الانجليزى فانها تعتبر داخلة ضمن النظام المالى للزوجين ، ومن ثم يجب على الورثة الرد عملا بهذا القانون . أما اذا كيفنا هذه العلاقة بأنها هبة بين الزوجين[١] ، فانها تخضع للشريعة الاسلامية فتعتبر صحيحة ، ولا يصح الرجوع فيها ولا استردادها ، وهذا ما قالت به محكمة الاستئناف المختلطة ، دون أن تشير الى الصعوبات والخلافات بشأن نظرية التكييف .

وألفت النظر الى أنه فى الخلاف الخاص بضرورة دفع مبلغ معين للزوجة كل عام ، لا يوجد نزاع فى التكييف ، فالقانون المصرى كالقانون الانجليزى يعتبر أن المسألة متعلقة بالنظام المالى للزوجية ، وللزوجين الحق فى الاتفاق على القانون الذى يحكم علاقتهما المالية . فما فعلته المحكمة هو أنها كيفت هذا الاتفاق وفقا للقانون المختلط ، فقالت بصحته . وأما من حيث الخلاف الخاص بالجوهرات فهنا يوجد تنازع فى التكييف بين القانونين المصرى[٢] والانجليزى على الوجه الذى بيناه ، أى أن التنازع بين القوانين (الموضوعية) مسبوق بتنازع فى التكييف بين هذه القوانين . وعلى العكس من ذلك فانه قد يوجد التنازع بين القوانين ولا يوجد تنازع فى التكييف .

١٨٤ — والواقع أن مشكلة التكييف فى مصر أكثر تعقيدا منها فى سائر البلاد الأخرى . وبيان ذلك أن مصر بلد ذات نظام قانونى مركب ، أى أنه تسود فيها جملة أنظمة قانونية ، بعضها شخصى ، و بعضها اقليمى ، ومنها ما يحكم العلائق القانونية الخاصة بالأشخاص وهى النظم الدينية ، ومنها ما يحكم العلائق القانونية الأخرى ، وهى النظم الوضعية . فلا يوجد اذن نظام واحد لحكم جميع العلائق على اختلاف أنواعها ، أو بعبارة أخرى ، لا يوجد قانون مصرى واحد يسود فى مصر فيحكم جميع العلائق القانونية بالنسبة للمصريين ، ويبين الحكم الواجب الاتباع بالنسبة للعلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى . فاذا قلنا فى

---

(١) وذلك باعتبار أن التكييف يتم وفقا للشريعة الاسلامية شريعة الزوج . انظر بند ١٨٤ .

(٢) والمقصود الشريعة الاسلامية .

مصر بوجوب الرجوع الى قانون القاضى فيما يتعلق بالتكييف، فانه يحصل التساؤل عن أى قانون ؟ نعم انه من المعقول أن يكون هـذا القانون هو القانون المختلط بالنسبة للعلائق التى تدخل فى نطاقه ، أى أن هذا القانون هو الذى يرجع اليه فى تـكييف العلائق التى لها نظير أو شبيه فى نصوصـه ، أما ماعدا ذلك من العلائق التى تخرج عن نطاقه فلا يمكن الاستعانة به فى تـكييفها اذ لا توجد نصوص فيه بهذا المعنى . وعلى ذلك ، فانه فى كل مرة يكون النزاع بطبيعته خارجا ، فى الأصل ، عن اختصاص المحاكم المختلطة، ولـكنها تنظره مع ذلك بطريقة تبعية، فعليها أن تتبع التـكييف الذى يقول به قانون الجهة المختصة ، فى الأصل ، بالفصل فى هذه العلاقة ، ومعرفة ما اذا كانت وصيـة أو ميراثا مثلا [١] . وهذا المسلك الذى نشير به متفق تمـاما مع القول بضرورة تطبيق قانون القاضى فى التـكييف ، اذ المفروض وجوب رفع النزاع فى الأصل أمام قاضى آخر خلاف القاضى المختلط .

على أنه يظهر من لغة بعض [٢] الأحكام المختلطة ، أنها عند تـكييفها للعلائق المتعلقة بالأشخاص تعتمد على الطريقة المقـارنة ، أى أنها لتحديد ما يدخل فى الأهلية أو فى المواريث أو فى النظام المالى للزوجية تأخذ بالمعانى والأوصاف المقر عليها فى العالم المتمدين دون التقيد بتشريع معين ، الا أنه فيما يتعلق بالمصريين فانه من المشاهد كثيرا رجوع القضاء فى مسائل التـكييف الى الشريعة الاسلامية باعتبار أنها الشريعة الغالبة ، والشريعة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية ، لذلك كان من الطبيعى أن تستمد منها التعاريف [٣] .

(١) انظر جازيت ١٨ . ٣٣ . ويمكن القول بأن المحاكم المختلطة تكيف جميع العلائق القانونية من حيث دخولها فى اختصاصها أو خروجها عن هذا الاختصاص . قارن بند ٢٠٠ .

(٢) انظر م . ت . م . ٣٥ . ٢٧٧ و م . ت . م . ٣٥ . ٢٩٣ و م . ت . م . ٤٣ . ١٣٤ و م . ت . م . ٤٧ . ٣٤٤ .

(٣) واذا اعتبرنا النظم الأجنبية التى تطبقها المحـاكم القنصلية جزءا من النظام القانونى المصرى المركب ، كان من اللازم اذن على هـذه المحـاكم أن تكيف العلائق القانونية وفقا للشريعة الاسلامية فى مسائل الأحوال الشخصية ولم تقل المحاكم القنصلية بذلك أصلا .

ومما هو جدير بالملاحظة هنا أيضا أن القضاءين الأهلى والمختلط على اتفاق فى أن كل ما يتعلق بالمال يرجع فيه الى قانون الموقع [١] . وقد قال بذلك القضاء المختلط مرارا فيما يتعلق بالحقوق العينية التى يمكن أن تترتب على العقارات المصرية ، كما قال به ، بعد خلاف ، فى حق الرهن القانونى للمرأة المتزوجة على عقارات زوجها ، وهو حق مقرر بموجب بعض التشريعات الأوروبية ، وكذلك فيما يتعلق بعدم التصرف فى أموال الدوطة ، المقرر أيضا بنصوص تشريعية أجنبية [٢] . وقالت بنفس الرأى محكمة النقض المصرية [٣] بالنسبة للحقوق المؤبدة التى يمكن أن تترتب على عقار عن طريق غير طريق الوقف ، فقررت بطلانها .

١٨٥ — وفى النهاية ، فانى أوجه النظر الى أن تطبيق نظرية التكييف على الرأى الغالب يفترض دائما سبق حصول نزاع مرفوع الى محكمة معينة حتى يتيسر بذلك تطبيق قانون القاضى ، والا فان الفتوى تصبح غير ممكنة فى العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى نظرا للعلاقة الوثيقة بين التكييف والاسناد كما قدمنا . فالمقصود من التكييف اذن هو ادخال العلاقة القانونية أو النظام القانونى الذى يتضمنها ضمن حالة من أحوال تطبيق القانون الأجنبى أو الوطنى على حسب الأحوال [٤] .

المبحث الخامس

فى

نظرية الاحالة Le Renvoi

١٨٦ — ربما تصورنا انتهاء الصعوبات ، اذا ما انتهينا من تكييف العلاقة

---

(١) انظر م . ت . م . ١٤ . ٨٦ و م . ت . م . ا . ٣٤٠ .

(٢) وهذا مسائل سنبحثها بايضاح واف فيما بعد .

(٣) مجلة القانون والاقتصاد . ٤ . ملحق العدد السابع ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ . ٢١٩ .

(٤) وقد رأينا أن القوانين التى يمكن أن تتنازع حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى محدودة . راجع بند ٩ من مؤلفنا .

القانونية واسنادها الى نظام قانونى معين ، ولكن الواقع يخالف ذلك ، اذ يحصل أحيانا أن تسند العلاقة الى نظام قانونى أجنبى ، فتقول قواعد الاسناد فى قانون القاضى بالاختصاص التشريعى لقانون بلد آخر ، وعندئذ يحصل التساؤل عما اذا كان المقصود أن نطبق القواعد الموضوعية فى هذا القانون ، أو المقصود اعتبار هذا التشريع الأجنبى كلا لا يتجزأ ، فنبدأ أولا بتطبيق قواعد الاسناد فيه ؟ أسوق هنا مثلا يوضح هذه المسألة بجلاء . رأينا أن المادة ٧٧ م . م تقرر أن الميراث يخضع لقانون جنسية الأشخاص ، فاذا توفى فرنسى متوطن فى مصر عن أموال منقولة موجودة فيها ، فان تطبيق هذه المادة ، بعد تمام عملية التكييف ، ينتهى الى اعطاء الاختصاص التشريعى للقانون الفرنسى ، فهل تطبق القواعد الموضوعية المتعلقة بالمواريث،أو تطبق أولا قاعدة الاسناد الفرنسية التى تقول بأن الميراث فى المنقولات يخضع لقانون موطن المتوفى ؟ اذا قلنا بالرأى الأول فانا لا نكون من أنصار نظرية الاحالة ، ولكن اذا قلنا بالرأى الثانى فنكون من أنصارها .

١٨٧ — والاحالة فى المثل السابق تؤدى الى تطبيق قانون القاضى من جديد ، هذا اذا وقفنا عنده [١] . ويسميها الأستاذ Arminjon بالاحالة الحقيقية Renvoi proprement dit . وظاهر أنها تهدم الحكم الوارد فى قاعدة تنازع القوانين الوطنية ، اذ تحكم قانون القاضى من جديد فى مسألة رأى المشرع أن يتركها لحكم قانون أجنبى . ويعرف هذا النوع من الاحالة أيضا باسم الاحالةذات الدرجة الواحدة ، لأنها تقف عند قانون القاضى ، ويطلق عليه باللغة الألمانية Rückverweisung وباللغة الانجليزية Renvoi of remittal . والاصطلاح الألمانى أكثر شيوعا ، ويعد بمثابة اصطلاح دولى . ويوجد هناك نوع آخر من

---

(١) أما اذا لم تقف عنده ، فانه يلزمنا الرجوع الى القانون الأجنبى من جديد وهكذا، مما دعا بعض الكتاب الألمان الى وصف هذه العملية بأنها مكتب المرايات المتقابلة spiegel cabinet .

الاحالة يطلق عليها بالألمانية Weiterverweisung [١] . ولبيان هذا النوع من الاحالة أسوق المثل الآتى [٢] ، أوصى انجليزى متوطن فى أمريكا بأمواله العقارية الموجودة فى مصر الى صديق له ، فاذا فرض وأن تمت هذه الوصية فى ايطاليا وقام نزاع بشأن صحتها أمام المحاكم المختلطة ، فان هذه المحاكم ستكيف النزاع بأنه ضمن المسائل التى تخرج عن اختصاصها ، لكى يقع فى اختصاص قاضى الأحوال الشخصية . ولكن اذا طبقت قواعد الاسناد المختلطة [٣] فانها تشير عليها بتطبيق القانون الانجليزى ، وتقول قاعدة الاسناد الانجليزية بتطبيق قانون الموطن ، وهو القانون الأمريكى ، ويحيل هذا الأخير بدوره على قانون الجهة التى تم فيها التصرف وهو القانون الايطالى ، كما أن قواعد الاسناد الايطالية تحيل على قانون الجنسية ، وهكذا دواليك ، لا تقف الاحالة عند حد ، اذا ما قلنا بالأخذ بها ، فلا يعرف فى النهاية القانون الذى يحكم هذا التصرف من الوجهة الموضوعية [٤] . وازاء ذلك وصف العلامة الايطالى Buzzati الاحالة بأنها le lawn tennis du droit international فالتشريعات المختلفة كاللاعبين يتبادلون الكرة متعاقبين وليس هناك موجب لايقاف اللعب عند واحد منهم !

---

(١) ويطلق عليها المرحوم أبو هيف بك « الاحالة » بخلاف الأخرى فيطلق عليها « الرجوع » مؤلفه . ٢٩٢ .

(٢) ويطلق عليه بالانجليزية renvoi of transmission وبالفرنسية renvoi de prolongation. راجع دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٥٢ . وانظر Arminjon . ١ . ١٥٠ .

(٣) وذلك اذا نظرت هذه المسألة بطريقة فرعية . انظر بند ١٤٩ من مؤلفنا وهامش (١) . ٢٠٣ .

(٤) وهناك أمثلة عملية عرضت أمام القضاء الفرنسى ومن أشهرها حكم النقض الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٣٣ . دالوز . ١٩٣٣ . ١ . ٢٠١ . وسيرى ١٩٣٣ . ١ . ٣٢١ مع تعليق من الأستاذ Audinet . وبالنسبة لما عرض منها أمام القضاء الألمانى . انظر دروس الأستاذ Lewald من كلية حقوق برلين . فى مجموعة لاهاى . ١٩٢٩ . وبالنسبة للقضاء الأمريكى انظر مؤلف Wigny . « فى القانون الدولى الخاص الامريكى » . ٢٣٣ . وأما فى مصر فتأخذ الاحالة شكلا آخر سنراه فيما بعد . انظر أيضا Arminjon . ١ . ١٥٤ . ومؤلف Donnedieu السابق الاشارة اليه . ٣٨٢ .

ففى النوع الثانى من الاحالة تشير قواعد تنازع القوانين فى قانون القاضى بتطبيق قانون آخر ، وقد رأينا أن هذا القانون قد يشير الى قانون ثالث ... الخ . ولذا ذهب البعض الى القول بضرورة ايقاف الاحالة عند حد الدرجة الأولى ، سواء حصلت الى قانون القاضى ، أو الى قانون آخر . ولا شك فى مخالفة هذه النتيجة للمنطق ، لأننا اذا قلنا بضرورة الأخذ بالاحالة فليس هناك مانع يمنع من اتباع أحكامها باطراد . والوقوف عند حد الدرجة الأولى علامة على فساد النظرية وعدم صلاحيتها . هذا وقد سمى الأستاذ Arminjon هذا النوع من الاحالة بالاحالة المطلقة Renvoi absolu .

١٨٨ — ويمكن تعريف الاحالة على نوعيها . بأنها تلك النظرية التى تقول بوجوب الأخذ بأحكام قواعد الاسناد فى التشريع الأجنبى الذى أشارت بتطبيقه قواعد الاسناد الوطنية ، متى كانت أحكام الاسناد مختلفة فى التشريعين .

ولايضاح هذا التعريف نقول انه فى مسائل تنازع القوانين ، يوجد أولا تنازع من حيث النصوص الموضوعية فى التشريعين المتنازعين ، وهذا النوع من التنازع لا بد من وجوده . ولكن من المحتمل أيضا وجود تنازع من نوع آخر ، وهو التنازع بين قواعد الاسناد[١] ، كما رأينا فى مواريث المنقولات ، فالتشريع المصرى يقول بخضوعها لقانون جنسية المتوفى بينما بعض التشريعات الأخرى (الفرنسى مثلا) يخضعها لقانون الموطن . فهنا يوجد علاوة على التنازع فى الأحكام الموضوعية تنازع فى قاعدتى الاسناد . وهذا التنازع يمكن أن يحل على وجهين ، الأول أن يصرف النظر كلية عن حكم قاعدة الاسناد الأجنبية ، فيطبق القانون الفرنسى مباشرة . الثانى ، أن نعتبر حكم قاعدة الاسناد الأجنبية فنخضع الميراث لقانون موطن المتوفى وهو هنا القانون المصرى . فاذا أخذنا بهذا الوجه

---

(١) ويطلق بعض الكتاب على النوع الأول من التنازع ، تنازع الدرجة الأولى والنوع الثانى تنازع الدرجة الثانية . ويدخلون ضمنه أيضا التنازع فى التكييف وقد رأيناه . انظر دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ٢٤٥ — ٢٤٦ و Arminjon . ١ . ١٥١ .

الثانى فانا نطبق نظرية الاحالة ، وذلك من طريق الأخذ بحكم قاعدة الاسناد الأجنبية (الفرنسية) ولو أنها مختلفة مع حكم قاعدة الاسناد المصرية .

١٨٩ — ونظرية الاحالة قديمة [١] طبقتها المحاكم فى مختلف البلدان من عهد بعيد ، ولكن مع ذلك فمن المتعارف عليه القول بنشأتها فى سنة ١٨٧٤ أمام المحاكم الفرنسية بمناسبة قضية Forgo الشهيرة . وتتلخص ظروف هذه القضية فى أن Forgo وهو ولد طبيعى enfant naturel متمتع بالجنسية الباقارية أقام résider فى فرنسا منذ سن الخامسة حتى وفاته فى سن الثامنة والستين . ولقد ترك فيها ثروة منقولة جديرة بالاعتبار بغير وارث ظاهر ، فطالبت الحكومة الفرنسية بتركته باعتبارها مالكة للأموال التى لا مالك لها وفقا للمادة ٧١٣ فرنسى ، ونازعها فى ذلك حواشى المتوفى الطبيعيون Collatéraux naturels . فلما عرض الأمر على المحاكم الفرنسية وجدت أن قاعدة تنازع القوانين الفرنسية تخضع الميراث فى المنقولات لقانون موطن المتوفى ، والمتوفى هنا ، لم يكتسب موطنا فى فرنسا اذ ظل محتفظا بموطنه القانونى باقاريا فلم يطلب اذنا بالتوطن فى فرنسا . وعلى ذلك فالقانون الباقارى هو الواجب التطبيق ، ولكن فى أى جزء من أجزائه ؟ هل تطبق القواعد الموضوعية المتعلقة بالمواريث أو قواعد تنازع القوانين التى تقرر أن الميراث فى الأموال المنقولة يتم وفقا لقانون الموطن الفعلى للمتوفى ، وهو هنا فرنسا اذ لم يكتسب فيها موطنا قانونيا كما قدمنا . فاذا طبقنا القواعد الموضوعية فى القانون الباقارى فنكون قد احترمنا قاعدة التنازع الفرنسية ، ولكن اذا طبقنا القانون الفرنسى فاننا نكون قد أخذنا بنظرية الاحالة ، وغلبنا حكم قاعدة الاسناد

---

(١) وتعتبر هذه النظرية من أشهر النظريات فى تنازع القوانين لما أثارته من أبحاث ومناقشات . ويطلقون عليها باللاتينية famosissima questio . ويرجع فى تاريخ نظرية الاحالة الى رسالة Potu المعنونة 15.144 « La question du renvoi en D. I. P. » .

الأجنبية على قاعدة الاسناد الوطنية ، وهذا ما قالت به محكمة النقض الفرنسية[١] ، و بذلك استولت الحكومة الفرنسية على أموال Forgo دون حواشيه الطبيعيين.

ولقد أثارت هذه القضية ضجة كبرى فى عالم القانون فكثرت الأبحاث [٢] منذ هذا التاريخ بشأن نظرية الاحالة فوجد لها المحبذون والناقدون .

ويجب قبل الدخول فى هذه المجادلات أن أوجه النظر الى أن التشريع المصرى كأغلب التشريعات الأجنبية [٣] خلو من نص يشير الى نظرية الاحالة. فأساس البحث اذن هو المجهودات العقلية المتأثرة بالاعتبارات العملية .

١٩٠ — والآن أبدأ بيسط أدلة من حبذوا [٤] هذه النظرية وتتلخص أدلتهم فيما يلى : —

الدليل الأول — أن النزاع الحاصل هنا يدور حول مسألة متعلقة بتنازع القوانين ، فأول ما يتبادر الى الذهن اذا ما أشار قانون القاضى بتطبيق قانون أجنبى ، هو تطبيق قواعد تنازع القوانين فى هذا التشريع الأجنبى مراعاة لطبيعة النزاع السالف الذكر ، ولأن التشريع الأجنبى يكون فى الحقيقة وحدة لا تتجزأ تتركب من قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية ، فاذا قضت هذه القواعد

---

(١) نقض ٢٤ يونيه ١٨٧٨ : سيرى . ١٨٧٨ . ١ . ٤٢٩ و٢٢ فبراير ١٨٨٢ . سيرى . ١٨٨٢ . ١ . ٣٩٣ وتعليق Labbé ومناقشة Valéry فى مؤلفه . ٦٠٧ وما بعدها وهناك تطبيقات حديثة لنظرية الاحالة منها حكم استئناف باريس ١ مارس ١٩٣٣ ، وحكم محكمة مارسيليا ٢١ اكتوبر ١٩٣١ . وحكم محكمة فونتينبلو ٢٤ يونيه ١٩٣٢ . وهذه الأحكام الثلاثة منشورة فى المجلة . ١٩٣٣ . ٦٣١ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ٢٠٠ وما بعدها ، والمراجع التى أشار اليها فى هامش (١) . ٢٠١ . والكاتب من أعداء النظرية . وانظر كذلك Pillet-Niboyet . ٤٨١ وما بعدها .

(٣) وقد أخذت بعض التشريعات الأجنبية بنظرية الاحالة كالتشريع الألمانى فى المادة ٣٧ من مقدمة القانون المدنى ، كما أخذت بها أيضا اتفاقات لاهاى . ١٩٠٢ .

(٤) ومنهم Bar الألمانى و Vareilles-Sommières. 2.97. و Weiss III. 82 و Westlake و Lerebours-Pigeonnière فى Clunet . ١٩٢٤ وما بعدها . و Arminjon بقيود فى المجلة ١٩٢٣ . ٥٨٣ وما بعدها .

الأولى بالاحالة فلا مناص من اتباعها [١] .

ولكن يرد على هذا الدليل بأن قواعد تنازع القوانين هى قواعد ذات صبغة وطنية ، بمعنى أنها خاصة بكل دولة على حدة ، فهى التى تبين مدى تطبيق القانون الوطنى وأحوال تطبيق القانون الأجنبى . فاذا أشارت بتطبيق قانون أجنبى فانها لاتهتم بما تقول به قواعد تنازع القوانين فى هذا التشريع ، بل ترمى فقط الى تطبيق قواعده الموضوعية التى فضلتها على القواعد الموضوعية الوطنية [٢] .

على أن أنصار الاحالة ، وعلى الأخص الانجليز [٣] ، لم يفحمهم هذا الرد القاطع ، بل حوروا فى هذا الدليل وصاغوه صياغة جديدة مؤيدة لنظريتهم فقالوا انه اذا كان قانون القاضى يشير بتطبيق قانون أجنبى ، فانه يقصد بذلك ، أن يفصل فى هذا النزاع كما لو كانت محكمة هذا القانون الأجنبى هى التى طلب اليها الفصل فى المسألة . وهذه المحكمة ستبدأ حتما بتطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بتشريعها التى تشير بتطبيق قانون البلد الآخر . وعلى ذلك يتصور الكتاب الانجليز [٤] أن المحكمة الانجليزية ستنتقل مثلا الى بلجيكا وتقضى على النحو الذى

---

(١) وقد جاء هذا الدليل فى حكم النقض فى قضية Forgo انظر مع ذلك Bartin . ١ . ٢٠٦ .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٤٨٣ . ولو أخذنا بهذه الحجة فيما يتعلق بالقانون الوطنى أى انه بدوره كل لا يتجزأ فان من الواجب أن نعود من جديد الى تطبيق قواعد الاسناد الوطنية وهكذا نتبادل الاسناد ، وتعرف هذه المسألة باللغة الفرنسية objection de la raquette . وانظر أيضا Zitelmann . ١ . ٢٤١ .

(٣) انظر بحثا للاستاذ Elkin فى الاحالة فى القانون الانجليزى . Clunet ؛ ١٩٣٤ . ٥٧٧ وانظر أيضا رسالة Philonenko وموضوعها الاحالة فى القانون المقارن وعلى الأخص من الوجهة الايطالية، باريس ١٩٣٤ . وبحث Dobrin فى مجلة The british year book ١٩٣٤ . ٣٦ .

(٤) انظر Westlake . ٢٨ — ٣٩ . وكذلك Dicey . ٨٠ — ٨٢ و ٧٧١ . ٧٨١ .

كانت تقضى به المحكمة البلچيكية وفقا للقانون البلچيكى الذى أشار القانون الانجليزى بتطبيقه . وقد أخذت المحاكم الانجليزية فعلا بهذا الرأى فى قضية انجليزى توفى فى بلچيكا حيث يوجد موطنه وترك وصية صحيحة طبقا للشكل الانجليزى ومخالفة للشكل البلچيكى ، فالقانون الانجليزى يقول بتطبيق القانون البلچيكى ، فاذا طبقنا القواعد المبينة فى هذا الأخير حكمنا ببطلان الوصية شكلا ، ولكن قاعدة الاسناد البلچيكية تقول بتطبيق قانون جنسية الشخص ، أى بتطبيق القانون الانجليزى ، فأخذت المحكمة الانجليزية بالاحالة وطبقت القانون الانجليزى لأن هذا هو ما كانت تقضى به المحكمة البلچيكية . والحكم عادل ، وان كان أساسه نظرية خاطئة . وقد حبذه الكتاب الانجليز مقررين أن قواعد تنازع القوانين الانجليزية بتفضيلها تطبيق قواعد تنازع القوانين البلچيكية ، قد تخلت بذلك عن حكم النزاع كلية [١] .

ولكن هذا الدليل ، فى شكله الجديد ، لم يصادف نجاحا بدوره لأنه لا يمكن القول مطلقا بأن القاضى عند ما يطبق قواعد تنازع القوانين الوطنية التى تشير بتطبيق قانون أجنبى يهمل كلية القانون الوطنى ، اذ الحقيقة أنه يترك جانبا القواعد الموضوعية فيه ، لكى يستبدلها بقواعد موضوعية أجنبية . وكذلك لايمكن التسليم بأن واجب القاضى الوطنى أن يقضى فى النزاع على نمط القاضى الأجنبى اذا فرض أن النزاع كان قد عرض عليه ، اذ معنى ذلك أن القاضى الوطنى انما يأتمر بأمر المشرع الأجنبى ؛ ويتخلى عن خدمة بلاده مؤقتا لكى يخدم تشريع دولة أجنبية . وقصارى القول أن على القاضى احترام قواعد تنازع القوانين الوطنية ، فعليه أن يطبقها دون غيرها ، و بذلك يقضى نهائيا على نظرية الاحالة .

---

(١) انظر Bartin . ١ . ٢١١ وما بعدها . ومقال Lerebours-Pigeonnière . Clunet . ١٨٧٧ . ١٩٢٤ ، وموسوعات القانون الدولى تحت كلمة Renvoi .

وزيادة على ماتقدم فان القاضى الوطنى اذا طبق قانونا أجنبيا وفقا لقواعد تنازع القوانين الوطنية ، فهو يفعل ذلك لما فيه من الانصياع لأحكام تشريعه ، واتباعا لما تقضى به العدالة . ولا يمكن التسليم مطلقا بأن تطبيق القانون الأجنبى معقود برغبة هـذا القانون . والا كان أساس القانون الدولى الخاص هو المجاملة الدولية ، وقد عرفنا أن هـذا الأساس قد زال الآن من الوجود وحل محله مبدأ تقرير العدالة على وجهها الكامل [١] .

الدليل الثانى — ويدور حول ضرورة تعميم الحلول universalité des solutions فى المنازعات اذا ماعرض النزاع أمام محاكم الدول المختلفة ، اذ لو حكم القاضى الوطنى طبقا لقانونه الخاص به بغير مراعاة لنصوص القانون الأجنبى فان حكمه يتمتع بقوته فقط فى داخل حدود بلاده ، حتى اذا ما أريد الاحتجاج به فى الخارج ، وعلى الأخص أمام محكمة ذلك القانون الأجنبى ، فانه لا يعتد به لأنه طبق قانونا مخالفا لما تقضى به قواعد تنازع القوانين فى هذا التشريع ، وكذلك لا يكون للحكم أية قيمة فى البلاد الأخرى التى تأخذ بنفس المبدأ . أما اذا قضى بالاحالة فان حكمه يكون متفقا مع ماتقتضى به المحكمة الأجنبية .

والرد على هـذا الدليل هين ، ويتلخص فى أنه لا يمكن مطلقا أن يكون لحكم محكمة ما ، قوته فى كل بلاد العالم ، حتى ولو أخذنا بالاحالة ، لأن مثل هذا الحكم سيعترف به فى البلاد التى تأخذ بهذه النظرية ، ولكن البلاد الأخرى التى ترفضها ستجرده من كل قوة . فالأخذ بالاحالة أو رفضها لايؤثر فى شىء اذ أن وجهات النظر ، فى كل الظروف ، مختلفة [٢] .

ومن الجهة الأخرى فالقول بأن الأخذ بالاحالة من شأنه جعل الحكم

---

(١) انظر Perroud فى Clunet ، ١٩٢٥ ، ٦٥٦ — ٦٦٠ و Lainé ، المجلة . ١٩٠٦ ، ٦٠٥ — ٦٤٣ ، والمقال متسلسل فى السنوات ١٩٠٧ ، ١٩٠٨ ، ١٩٠٩ و Surville ، ٦٤ .

(٢) راجع بحث Lainé السابق الاشارة اليه و Surville ، ٦٤ و Valéry ، نبذة ٤٤١ .

متفقا مع ما تقول به المحكمة الأجنبية ، مردود عليه بأن ذلك مبناه أن لا تطبق المحكمة الأجنبيـة الاحالة اذ لو طبقتها جاء الحكم مختلفا حتما . فلو كانت عرضت قضية Forgo أمام محكمة باقارية تأخذ بالاحالة لطبقت حتما القانون الباقارى .

الدليل الثالث — ويتصل هذا الدليل بسابقة اذ يقوم على أن الأخذ بالاحالة من شأنه تسهيل تنفيذ الأحكام بواسطة الحصول على الأمر بالتنفيذ . اذ لو أخذنا بالاحالة التى يشير بها القانون الأجنبى (الانجليزى مثلا) وأريد تنفيذ الحكم فى انجلترا فان المحاكم لا تتردد فى اعطاء الأمر بالتنفيذ لأن هذا هو الحل الذى يوافقها ، اذ يكون قد قضى مثلا فى الأحوال الشخصية لانجليزى طبقا لقانون موطنه وليكن القانون الفرنسى .

وهذا الدليل كما هو ظاهر مداره تسهيل الأمور opportunité أى مراعاة مصلحة عملية بحتة بغض النظر عن العدالة التى تقضى بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى دون قواعد تنازع القوانين فيه . ولا يمكن القول بأن تطبيق القانون فى بلد معناه مراعاة ظروف الأحوال من حيث التنفيذ أو عدمه والا انقلبت مهمة القاضى فتصبح مهمة سياسية [1] . ومع ذلك فيحصل أحيانا أن الحكم قد يراد تنفيذه فى جهات مختلفة ، وربما أقر بعضها القاضى على الاحالة بينما لا يقره البعض الآخر ، فماذا يكون العمل ؟

١٩١ — رأينا مما تقدم أدلة أنصار الاحالة وتفنيدها ، ولكن هذا التفنيد له صبغة سلبية بحتة ، ونورد الآن أقوال ناقديها من وجهة ايجابية :

أولا — أن الاحالة تؤدى الى عدم الاطمئنان على القانون الواجب التطبيق ، وبيان ذلك أننا اذا رفضنا الأخذ بها ، ارتفع كل شك وعرفنا القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الواجب التطبيق ، بخلاف ما اذا أخذنا

---

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٤٨٦ .

بها فانا لا ندرى الى أين تطوح بنا ، اذ قد رأينا أنها لا تقف أحيانا عند حد ، فتوقعنا فى دور معيب لا يعرف آخره ، حتى فى حالة ما اذا أشارت بتطبيق قانون القاضى اذ يقتضى المنطق أن تتبع نفس التفسير [١] ، فنفسر قانون القاضى بمعنى قواعد تنازع القوانين فيه . وفيما تقدم مخالفة لأبسط المبادىء القانونية التى تقضى بضرورة الاطمئنان والاستقرار فى المراكز القانونية . وهكذا تكون قواعد تنازع القوانين التى يقصد بها حل المنازعات قد عقدتها وانتهت بها الى شكل لا حل له .

ثانيا — أن الاحالة قد تؤدى الى تطبيق نظام قانونى قد يجهله التشريع الأجنبى الواجب تطبيقه وفقا لقواعد تنازع القوانين الوطنية . فالمحاكم الفرنسية مثلا اذا طبقت القانون الفرنسى على انجليزى متوطن فى فرنسا فيما يتعلق بأحواله الشخصية فانها قد تسيغ الحجر عليه لسفه بينما هذا النظام لا يعترف به القانون الانجليزى بل ويعتبره مخالفا للنظام العام فى انجلترا ، فكيف يمكننا أن نخضع هذا الانجليزى لأحكام نظام قانونى لا يقره قانون جنسيته ؟

ولقد حاول البعض الرد على هذا الدليل فى قولهم ان هذه النتيجة الأخيرة انما تحصل كنتيجة لتطبيق التشريع الانجليزى لا كنتيجة لتطبيق الاحالة ، اذ أن القانون الانجليزى هو الذى رضى باخضاع الانجليزى للقانون الفرنسى . ولكن يلاحظ على هذا الرد أنه صحيح فى حالة ما اذا عرض الأمر على محكمة انجليزية ، ولكن لا يكون صحيحا فى حالة عرض النزاع أمام محكمة فرنسية ، اذ أنه فى هذه الحالة الأخيرة يكون الأخذ به نتيجة للاحالة .

---

(١) ويرى الأستاذ Lévy-Ullmann أن اتباع هذا المنطق خطر اذ ينتهى بانكار العدالة ولذا يجب الوقوف عند الحد المعقول . راجع دروسه سنة ١٩٣٥ . ٢٥٩ . والأستاذ من أنصار النظرية .

ثالثا — أن الاحالة تؤدى الى انتهاك فكرة السيادة ، وبيان ذلك أن قواعد تنازع القوانين فى كل بلد ان هى الا قواعد وطنية قبل كل شىء ، ومازالت بعيدة عن أن تكون عالمية ، وهى ترمى فى الواقع الى تحديد سلطان القانون الوطنى بالنسبة للاقاليم وللأشخاص ، كما أنها تبين أحوال تطبيق القانون الأجنبى. فاذا قلنا بالاحالة فمعنى ذلك أننا تنازلنا عن تطبيق قواعد تنازع القوانين الوطنية للائتمار بأمر قواعد تنازع القوانين الأجنبية . وهكذا يصبح تطبيق القوانين الأجنبية فى بلد معين مرهون فى الحقيقة بارادة المشرع الأجنبى ، ولو تأملنا فيما تقضى به محاكم دولتين أحدهما تجعل الأحوال الشخصية خاضعة لقانون الموطن والثانية تجعلها خاضعة لقانون الجنسية ، وجدنا أنها تطبق قانونا مخالفا لما تأمر به قواعد تنازع القوانين فيها ، اذا ما أخذت هذه المحاكم بنظرية الاحالة [1] .

١٩٢ — بعد أن بينت أقوال أنصار نظرية الاحالة وأعدائها ، يهمنى أن أوجه النظر الى أمور هامة أوردها فى ملاحظات ثلاث :

الأولى — ومدارها أن سبب نشوء نظرية الاحالة راجع فى أغلب الأحوال الى أن بعض البلاد يخضع الأحوال الشخصية لقانون الموطن بينما بلاد أخرى تخضعها لقانون الجنسية . فاذا تم توحيد القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية ، وهو ما تسير فى سبيله الحركة التشريعية فى أغلب دول العالم ، عن طريق اخضاع جانب كبير من الأحوال الشخصية لقانون الموطن ، فان سبب الاحالة الرئيسى يرتفع ولا يبقى لها مجال الا فى أحوال نادرة كحالة التشريع الذى يخضع شكل التصرف لقانون بلد ابرامه بينما قانون البلد الأخير يخضعه لقانون

---

(١) وقد حاول البعض دفع هذه الحجة بدعوى أن تطبيق القواعد الموضوعية فى قانون القاضى من جديد لا يتم بناء على أمر من المشرع الأجنبى بل بناء على تصريح من المشرع الوطنى عند ما رأى أن المشرع الأجنبى فضل أن يترك الحكم الموضوعى لقانون القاضى . انظر Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ٢٦٠ و Lerebours-Pigeonnière . Clunet. ١٩٢٤ . ٨٧٧ وانظر عكس ذلك Pillet-Niboyet . ٤٩١ و Bartin « دراسات » . ١٥٠ .

الجنسية (المادة ٧٨ . م . م) .

الثانية — أنه بمطالعة أحكام المحاكم التى أخذت بنظرية الاحالة يتبين لنا أن الأخذ بها كان وسيلة لتطبيق قانون القاضى lex fori من جديد ، و يظهر أن ذلك راجع الى أمرين : (الأول) أن تطبيق قانون القاضى أسهل عملا من تطبيق القانون الأجنبى ، اذ لا بد من الرجوع الى أقوال الفقهاء وأحكام المحاكم الأجنبية بجانب النصوص التشريعية وليس هذا بالأمر الهين . فالاحالة وسيلة للتهرب من هذه الصعوبات ، وفى ذلك ما يثبت عدم ارتكازها على أساس متين ومعقول (١) . (الثانى) أن تطبيق قانون القاضى من جديد متفق مع الغيرة الوطنية nationalisme فكان من الطبيعى أن تصادف الاحالة نجاحا فى القضاء . ولقد قال المقرر Rapporteur فى قضية Soulié التى عرضت أمام المحاكم الفرنسية (٢) ، أنه لا يمكن رفض الهدية cadeau التى يقدمها لنا التشريع الأمريكى ، بتخليه عن حكم النزاع وتفضيله القانون الفرنسى .

الثالثة — أن أغلبية المحاكم فى فرنسا وانجلترا وأمريكا وغيرها من الدول تقول بنظرية الاحالة ، وقد عرفنا السر فى ذلك من الملاحظتين السابقتين ، ولكن من الجهة الأخرى فان هناك عددا كبيرا من رجال الفقه يرفض الأخذ بها ، وحتى الذين أيدوها ، فقد انقسموا على أنفسهم ، فرأى جانب هام منهم ضرورة وضع

---

(١) قارن مؤلف أبى هيف بك . ٣١٢ وما بعدها .

(٢) وتتلخص ظروف القضية فى أن أمريكية توطنت فى فرنسا حيث توفيت فيها سنة ١٩٠٣ فى سن الثانية والتسعين تاركة وراءها ثروة ووصية . فنازع ابن أخ المتوفاة فى صحة الوصية بناء على كونه وارث . ولكن هذا الشخص لا يعتبر وارثا شرعيا وفقا للقانون الأمريكى (الولايات المتحدة) لأنه ثمرة زواج باطل اذ والدته من الهنود الحمر . ولكنه يعتبر وارثا شرعيا وفقا لقانون الموطن (القانون الفرنسى) الذى يعتبره ولدا شرعيا . وهذا ما أقرته المحكمة . والحكم منشور فى Clunet . ١٩١ . ٨٧٠ وانظر Pillet-Niboyet . ٤٧٨ .

قيود ترمى الى تحديد نطاق تطبيقها[١] .

١٩٣ — ومن هؤلاء الأستاذ Frankenstein الألمانى ، اذ يرى وجوب قصر تطبيق نظرية الاحالة على الأحوال الشخصية ، وعلى الأجانب فقط ، وايضاحا لهذا الرأى يقول الأستاذ انه اذا كانت قواعد الاسناد تخضع الأحوال الشخصية لحكم قانون الجنسية فان ذلك معقول بالنسبة للمواطنين الذين يجب أن يحكمهم القانون (الألمانى) فى أية جهة وجدوا ، أما بالنسبة للأجانب فان الوضع يتغير اذا ما حكمنا قانون جنسيتهم وقال هذا القانون بتطبيق قانون موطنهم ، فالاحالة هنا لازمة . وفى هذه الأحوال يمكن القول بأن الأحوال الشخصية لهذا الأجنبى محكومة بصفة أصلية بقانون جنسيته ، وهذا هو الاسناد الحقيقى vrai rattachement أو الأولى primaire ، ولكن بصفة احتياطية بقانون موطنه ، وهذا هو الاسناد الثانوى rattachement secondaire . ويشترط الأستاذ للأخذ بالاحالة أن تكون حاصلة من القانون الأول الى الثانى ، لا من القانون الثانى الى غيره[٢] .

ولا يخفى أن اتباع هذا الرأى معناه اهمال حكم قاعدة تنازع القوانين فى القانون الألمانى . ومعلوم أن المشرع لم يقل بها الا اتباعا لأسباب معقولة ، أخصها تحقيق العدالة حسبما يراه . ورغم ما تقدم فان هـذا الرأى قد أيده العلامة Westlake [٣] وابتكر تعليلا جديدا له من عنده ، ويتلخص فى أن تشريع أية دولة انما يهتم قبل كل شىء بمواطنيه ، فالمشرع الوطنى له مطلق الحرية فى

---

(١) وذلك بجعلها مقصورة على بعض مواد التنازع دون البعض الآخر أو الوقوف عند حد الاحالة فى الدرجة الأولى أو الى قانون القاضى ، كما أن البعض جمع بين القيدين السالفين فى وقت واحد كالكاتب الألمانى Frankenstein . انظر Pillet-Niboyet . ٤٨٧ و Weiss . ٣ . ٨٨ وقارن Bartin . ١ . ٢٠٥ وما بعدها .

(٢) انظر Makarov . ١١٦ و Surville . ٦٣ . ونظرية الأستاذ Frankenstein فيما بعد .

(٣) وهو ممن أيدوا النظرية فى اجتماع معهد القانون الدولى . راجع مجلة المعهد . ١٨٩٨ . ٣٤ ، ١٧٦ ، ١٧٧ . ومؤلف الأستاذ نفسه . ٣٤ و ٣٨ .

التشريع بالنسبة لمواطنيه ، ولكن بالنسبة للعلائق التي يتخلى عن حكمها لكونها متعلقة بأجانب ، فعلى القاضي أن يطبق القانون الذى يشير بتطبيقه قانون جنسية هؤلاء الأشخاص ، فان لم يفعل يعتبر منكرا للعدالة . ولكن يرد على هذا التعليل بأن المشرع لم يكن هازلا يوم أخضع هؤلاء الأجانب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية لسلطان قانون معين ، اذ معنى ذلك تطبيق هذا القانون لا الجرى وراء قانون آخر ضمن القوانين التي تشير بها الاحالة .

١٩٤ — وقد أخذ بعض التشريعات الأجنبية بنظرية الاحالة ونذكر منها التشريع البولونى ، فالمادة ٣٦ من قانون ٢ أغسطس سنة ١٩٢٦ قررت الاحالة بطريقة مطلقة كلما أشار قانون جنسية الأجنبي بتطبيق قانون آخر [١] ، والقانون الألمانى فى مقدمته التى خصصت لقواعد تنازع القوانين ، اذ تقرر المادة ٢٩ منها الأخذ بالاحالة فى بعض مسائل داخلة ضمن الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج والطلاق ومشارطات الزواج والميراث بشرط أن يؤدى ذلك الى تطبيق القانون الألمانى . وفى هذا تأييد لما ذكرته من أن للغيرة الوطنية دخلا فى الموضوع . وكذلك أخذ القانون اليابانى بالنظرية ، فالمادة ٢٩ من قانون ١٥ يونيه سنة ١٨٩٨ تجيز الاحالة الى القانون اليابانى فى مسائل الأحوال الشخصية . ويجيز القانون (الظاهر) المراكشى Dahir marocain الخاص بتنازع القوانين فى مادته التاسعة الأخذ بالاحالة الى القانون المراكشى فيما يتعلق بالطلاق وبالتفريق الجسمانى بين الزوجين . كما أن القانون الفلسطينى بدوره [٢] يجيز الأخذ بالاحالة اذا كانت حاصلة لقانون الموطن وكان النزاع متعلقا بالأحوال الشخصية . وتأيدت النظرية فى اتفاقات لاهاى سنة ١٩٠٢ ، وذلك فى المسائل المتعلقة بأهلية

---

(١) انظر Makarov . ١١٨ .

(٢) Palestine order in Council . ١٩٢٢ .

الزواج [1] . ولم تعمر هذه الاتفاقات طويلا .

١٩٥ — أما فى مصر فحظ نظرية الاحالة ضئيل جدا فليس هنـاك من نص تشريعى يؤيدها ، وعلاوة على ذلك فان رجال الفقه لا يقولون بها ، واذا نقبنا فى أحكام المحاكم وجدنا قليلا من الأحكام فى شأنها . وقد أشار المرحوم أبو هيف بك فى كتابه [2] الى حكم استئناف مختلط ، جاء فيـه أن العقد الحاصل بين يونانيين والواجب التنفيذ فى مصر محكوم بالقانون اليونانى لأنه قانون جنسية المتعاقدين ، ولـكن حيث ان هذا القانون الأخير يقول باتباع قانون بلد التنفيذ فيطبق القانون المختلط . وقد ذهب الدكتور الزينى [3] ، الى القول ببطلان حصول الاحالة ، اذ يعتبر أن الحـكم كان مخطئا فى تقريره أن القـانون المصرى يقضى بأن قانون جنسية المتعاقدين هو الذى يحكم تعاقدهما . ونرى أن هذا القول محل نظر ، لأن العقود ذات الصبغة المـالية تخضع وفقا للقواعد العامة فى تنازع القوانين ، لقانون ارادة المتعاقدين ، واتحاد جنسية الطرفين قرينة على اختيارهما قانون جنسيتهمـا . وعلى أية الأحوال فان حيثيات الحـكم موجزة ويشوبها بعض الغموض . وهناك حكم آخر صدر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥ [4] من محكمة الاستئناف المختلطة طبق نظرية الاحالة على وجه خاص . وكان ذلك فى قضية شخص يدعى Smirnoff وهو الوزير المفوض السابق لدولة روسيا القديمة فى مصر .

---

(١) والسر فى تقرير النص الخاص بالاحالة هنـا يرجع الى وجود سويسرا ضمن الدول الموقعة على الاتفاقية . ومعلوم أن سويسرا هى الدولة الوحيدة بينها التى تقرر اتباع قانون الوطن فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية . ولمـا عرضت مسألة الاحالة أمام معهد القـانون الدولى رفض أن يقرها . انظر مجلد ١٨٩٨ . ٤١ وما بعدها و Surville . ٦٦ . هامش (١) .

(٢) مؤلفه ٣٠١ — ٣٠٢ والحـكم منشور م . ت . م . ٢٩ . ٣٢٥ .

(٣) مذكراته . ١٩٠ .

(٤) والحـكم منشور فى Clunet . ١٩٢٦ . ٢٠٩ وم . ت . م . ٣٧ . ٣٩١ .

وقد توفى هذا الشخص فى مصر تاركا وراءه ثروة منقولة مودعا بعضها فى البنك الأهلى . فطالب بميراثه عدد كبير من الورثة أغلبهم متوطن فى الخارج . ورفعت الدعاوى من بعضهم على البعض الآخر . و بدأت سلسلة الدعاوى كالمعتاد أى بدعوى حراسة على الأعيان المنقولة الى حين الفصل فيمن أحق الناس بالحصول على الميراث . ولما كان المتوفى روسيا من رعايا القيصر ، أى أنه فى الواقع شخص لا جنسية له (١) ، لأنه لا ينتسب الى روسيا السوفيتية ، فانه لا توجد فى مصر محكمة قنصلية تختص بالفصل فى ثبوت الوراثة وتحقيق صفة الورثة ، فماذا يكون العمل ؟ تمكن بعض الورثة من الحصول على اعلام شرعى مثبتا لصفتهم وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، مما يترتب عليه فى الوقت نفسه عدم اجازة الوصية التى كان حررها المتوفى لمصلحة البعض . فلما عرض الأمر على المحكمة المختلطة وجدت أن هؤلاء الورثة كانوا قد اتفقوا فيما بينهم على تحكيم بطركية الروم الأرثوذكس التابعين اليها للحكم فى النزاع فيما بينهم ، فأقرت المحكمة هذا الاتفاق ولم تعمل بمقتضى الاعلام الشرعى ، مستندة فى ذلك على أن المحاكم الشرعية هى محاكم القانون العام فيما يتعلق بالمواريث فى مصر بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين المقيمين فيها (٢) الا اذا اتفق هؤلاء الآخرين على اختصاص الجهة الدينية التابعين اليها ، عندئذ يرتفع الاختصاص عن المحاكم الشرعية لكى يكون للبطركية . وثابت فى القضية أن مدعى الوراثة قد اتفقوا على اختصاص بطركية الروم الارثوذكس فيكون لها الاختصاص .

وظاهر من هذا الحكم أن القانون الذى يحكم المواريث بالنسبة للأجانب هو قانون جنسية الشخص ، ولكن حيث أن هذا القانون لا وجود له هنا ، فالعبرة بالقانون المصرى ، والقانون المصرى كما عرفنا يتركب من نظم شخصية مركبة ، تقضى قواعد الاسناد فيه بتطبيق قانون ديانة الأشخاص

---

(١) وسنرى فيما بعد أن تنظيم حالة الأشخاص الذين لا جنسية لهم قد أثارت خلافات واشكالات كثيرة .

(٢) ومنهم الروس المحرومون من محكمتهم القنصلية .

بالنسبة للمصريين وغيرهم ممن لا جنسية لهم [١] ، لذلك يخضع ميراث هـذا الشخص لقانون الملة الرومية الأرثوذكسية ، ومعنى ذلك أن الاحالة [٢] قد حصلت هنا من النظام الغالب الى أحد النظم الشخصية .

١٩٦ — والاحالة على الوجه السالف تحصل أيضا فى البلاد ذات النظام المركب الاقليمى كانجلترا و پولندا [٣] ، فميراث الأسكوتلندى مثلا يخضع أولا لقانون جنسيته أى القانون الانجليزى ، ولـكن هذا القانون يحيل الى القانون الأسكوتلندى وهو أحد النظم الاقليمية . ويطلق Pillet على هذا النوع من الاحالة ، التفويض délégation ، ويسميه Arminjon [٤] بالاحالة الضرورية renvoi de nécessité . وظاهر أنه غير الاحالة الحقيقية التى تحصل من قانون بلد الى قانون بلد آخر ، لا من نظام الى نظام داخل بلاد معينة ، سواء كانت النظم شخصية أو اقليمية .

١٩٧ — وعلاوة على الحكمين السالفين قد عثرنا على حكمين آخرين أحدهما صادر من محكمة الاستئناف المختلطة ، ويتعلق بميراث بين يونانيين وقد طبقت فيه

---

(١) ونحن نقر هذا الرأى وقد أخذ به الحكم المشار اليه هنا وبعض أحكام أخرى أهمها حكم ١٩ يناير ١٩٢٥ . م . جازيت ١٦٠ . ١٧٨ .

(٢) اذ الأصل هو وجوب تطبيق قانون جنسية المتوفى ، ولما كانت هـذه الجنسية غير موجودة وبالتالى لا يوجد قانون يمكن تطبيقه فيجب تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الاقامة وهو هنا القانون المصرى. وهذا الأخير بدوره يحيل على قانون الديانة .

(٣) انظر مطول Pillet . ١ . ١٤٩ و ٥٢٤ Pillet Niboyet . ٤٩٤ . وحكم محكمة باريس Clunet . ١٩٢١ . ٩٥٨ . ومؤلف Eliesco .
« Essai sur les conflits de lois sans conflit de souverainetés ».

(٤) انظر مؤلفـه . ١ . ١٧٠ و ٢٠ . ٣٧ وكذلك Clunet . ١٩١٩ . ١٠٤٤ وأيضا Clunet . ١٩٢٥ . ١٢١ . وتسميتها بالاحالة الضرورية ترجع الى أن القانون المحال عليه مركب ، فلا يحتوى على نصوص موضوعية لحـل النزاع ، وانما يحتوى فقط على قاعدة اسناد داخلية تشير بتطبيق نظام قانونى آخر شخصى أو اقليمى على حسب الأحوال .

المحكمة نظرية الاحالة [١] ، والحكم الآخر صادر من محكمة المنشية الجزئية فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ [٢] وأخذت فيه المحكمة أيضا بنفس النظرية .

١٩٨ — وفى النهاية فان حظ النظرية فى القضاء المصرى ضئيل ، ويظهر أن تعليل ذلك كما قال المرحوم أبو هيف بك يرجع الى عدم وجود قانون وطنى واحد فى مسائل الأحوال الشخصية يميل القاضى الى تطبيقه . ومن المعلوم أن نطاق الاحالة فى غير الأحوال الشخصية محدود جدا ، لذلك لم تسنح الفرصة كثيرا أمام المحاكم المختلطة كى تطبق هذه النظرية ، وحتى اذا سنحت الفرصة ، فانى لا أعتقد أن قضاة مختلطين يأخذون بها فى سهولة ، لأن للاعتبارات الوطنية كما قدمت دخلا كبيرا فى الأخذ بهذه النظرية ، ولا يمكننا أن نتطلب ذلك من قضاة مختلفى الجنسية فى بلد سيادته القانونية محدودة .

(١) والحكم الصادر فى ٩ مارس ١٩٠٥ . م . ت . م . ١٨ . ١٥٨ .

(٢) والحكم منشور فى المحاماة . ٧ . ٦٢٨ والاحالة هنا خاصة بمسألة مواريث أيضا .

الفصل الثالث

الحلول العملية
فى
مسائل تنازع القوانين

المبحث الاول

عموميـــــــات

١٩٩ — تبين قواعد الاسناد فى كل بلد القانون الذى يحكم العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبي . ولقد استعرضنا فيما تقدم (١) المبادىء العامة فى الاسناد كما وردت فى القانون المصرى ، وعلينا الآن أن ندرس تطبيق هـذه المبادىء عملا ، فيمكننا بذلك أن نحدد نطاق الأخذ بأحكام القوانين الأجنبية وبالتالى مدى سلطان القوانين الموضوعية الوطنية فى هذا النوع من العلائق .

وجدير بالذكر هنا أن المحاكم المصرية قد طبقت القوانين الأجنبية فى القليل من الأحوال ، وذلك لأسـباب تتلخص فى وجود التشريع المختلط من جهة ، ووجود التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى فى الكثير من الأحيان ، من جهة أخرى (٢) . وعلى أية حال فان تطبيق القوانين الأجنبية لا يتصور حصوله فى مصر الا من جانب المحاكم المختلطة أو المحاكم الأهلية (٣) ،

---

(١) انظر الفصل الثانى من الكتاب الأول من مؤلفنا .

(٢) انظر مؤلفنا بند ١٤٨ و١٢ يونيه ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩ . ٣٠٤ و٢٥ مارس ١٩٢٠ . م . ت . م ٣٢٠ . ٢٣٧ .

(٣) اذ أنه لا يمكننا اعتبار المحاكم القنصلية محاكم مصرية بدعوى أن النظام المصرى نظام مركب ، ومن ثم تدخل فيه نظم المحاكم القنصلية ، والقول بذلك جرى وراء النظريات الى حد بعيد . قارن Arminjon . ٢ . ٢٦ .

لأن هذه الهيئات زمنية لا دينية ، فيمكنها أن تقضى وفقا لأحكام تشريع أجنبى ، اذا ما أشارت بذلك قواعد الاسناد المصرية .

٢٠٠ — ومن المعلوم أن أهم مجالات تطبيق القوانين الأجنبية مسائل الأحوال الشخصية ، وهذه المسائل خارجة عن نطاق القوانين الوضعية ، فلا يمكن للمحاكم المختلطة أو للمحاكم الأهلية أن تفصل فيها بصفة أصلية ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤ . م . م . والمادة ١٦ (١) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ولكن اذا أثيرت هذه المسألة بطريقة فرعية par voie incidente فقد جرت المحاكم (٢) المختلطة فى مبدأ الأمر على الحكم بالايقاف sursis مدة الى حين الفصل فيها من جهة الأحوال الشخصية التابع اليها الشخص مصريا كان أو

(١) وتقرر هذه المادة أنه « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى المنازعات المتعلقة بالدين العمومى أو بأساس ربط الأموال الأميرية ولا فى المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا فى مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ... » وظاهر أن هذه المادة لا تقابل تماما المادة الرابعة مدنى مختلط من حيث المسائل المذكورة فيها ، وكذلك من حيث بيان الحق فى الايقاف الخ . وان كان الايقاف ظاهرا ضمنا . قارن بند ١٤٤ من مؤلفنا .

(٢) الشطر الأخير من المادة ٤ م . م . و ١١ فبراير ١٨٩٧ م . ت . م . ٩ . ١٨٥ و ٢٥ مارس ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩ . ٢٤٧ و ٢٧ مايو ١٩٠٣ . م . ت . م . ١٥ . ٣١١ و ١١ يناير ١٩١٢ م . ت . م . ٢٤ . ٨٦ و ٢٢ مايو ١٩١٣ . م . ت . م . ٣٥ . ٥٤٥ و ١١ يناير ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٥ . ١٥٠ و ٢٧ يونيه ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٥ . ٥٣٦ و ١٨ نوفمبر ١٩٢٦ . جازيت . ١٨ . ٣٦ وأسيوط ٢٨ يونيه ١٩٢٤ . محاماة . ٥ . ٣٢٨ . استئناف مصر ١١ يناير ١٩٢٧ . محاماة . ٩ . ١٣٩ . استئناف مصر ٢١ يناير ١٩٣١ . محاماة . ١١ . ١٣٠٩ . وأخيرا حكم محكمة مصر المختلطة فى ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ وقضى بالايقاف وحدد مدة أربعة أشهر للفصل فى المسألة الفرعية بحكم له قوة الشىء المحكوم فيه والا فصلت المحكمة فيها (مجلة مصر القضائية L'Egypte judiciaire عدد ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤) ومؤلف زميلنا الأستاذ وديع فرج ، المعنون Le rôle des tribunaux mixtes et indigène en matière de statut personnel. 155-156. وكذلك مؤلف De Ransas فى الامتيازات . ٢ . ٣٦٣ ، وكذلك De Hultz تحت كلمة Compétence ، ومقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٨٨٠ .

أجنبيا . وسايرتها المحاكم الأهلية فى هذه الخطة . ولم يكن النسج على هذا المنوال موفقا دائما بل كثيرا ما ترتب عليه الاضرار بأولى الشأن ، وتعطيل سير العدالة ، ولذلك اضطر القضاء الى الاقلاع عن خطته القديمة ، وأباح لنفسه جواز الفصل فيما[1] يسمى بالمسألة الفرعيـة question préjudicielle توطئة للفصل فى الموضوع . ويتحقق ذلك اذا ما ثبت لدى المحـكمة أن الدفع الفرعى كيدى لا يقصـد منه سوى تعطيل الحـكم فى الدعوى الأصلية ، أو كانت المسألة الفرعية قد سـبق الفصل فيها بحكم حاز قوة الشيء المحـكوم فيه فيقضى فى هاتين الحالتين بالرفض. كما أنه يصح للمحكمة أن تفصل فى المسألة الفرعية اذا كانت عناصرها ظاهرة كل الظهور بحيث لا توجد أية صعوبة متعلقة بتفسير قانون الأحوال الشخصية ، اذ معلوم أن ليس لها أن تأول أحكام هذه القوانين . ففى هذه الأحوال وغيرها مما سنشير اليه حالا قررت المحاكم المختلطة أن الايقاف ليس ضرورة قانونية وانما هو ضرورة واقعية nécessité de fait ، ففى كل مرة يمكن للمحكمة التغلب على الصعوبة بسهولة فعليها واجب الفصل فى المسألة الفرعية معتمدة فى ذلك على أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع .

٢٠١ — ومن الجدير بالذكر أن المحاكم المختلطة قد توسعت فى هذا الاختصاص الاستثنائى فأصبحت حالات الايقاف قليلة[2] بالنسبة لما كان متبعا من

---

(١) انظر ١٤ ديسمبر ١٨٩٢ . م . ت . م ٥ . ٤٩ ، و ٢٨ فبراير ١٨٩٥ . م . ت . م . ٧ . ١٦٥ ، و ١٤ يناير ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩ . ١٢١ ، ١٧ مايو ١٩٠٤ م . ت . م . ١٦ . ٢٥ ، و ٤ فبراير ١٩٠٩ . م . ت . م . ٢١ . ١٥٨ ، و ٣ يونيه ١٩٠٩ . م . ت . م . ٢١ . ٣٧٣ ، و ١٧ ابريل ١٩٢٣ . م . ت . م . ١٥ . ٣١٠ ، و ١٨ ديسمبر ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٦ . ٨٨ ، و ٢٤ مارس ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٣٩٠ ، و ١٥ يونيه ١٩٢٦ . م . ت . م . ٣٨ . ٤٧٣ ، و ٧ فبراير ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ١٧٨ ، و ١٧ ابريل ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٣٠٣ ، واستئناف أهلى ١٢ فبراير ١٩٣٠ محاماة . ١١ . ٦٨٧ .

(٢) فتقضى بالايقاف عند وجود صعوبة حقيقيـة . ١٢ فبراير ١٩١٩ . م . ت . م . ٣٠ . ٢١٨ و ١٩ ابريل ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٥ . ٣٩ و ١٨ ديسمبر ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٦ . ٨٨ وعلى الأخص ٧ فبراير ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ١٧٨ .

قبل ، ولم يقف التوسع فى الاختصاص عند هذا الحد بل ارتأت المحاكم المختلطة أن لها الحق فى الفصل فى مسألة الأحوال الشخصية ، اذا ما ثبت لديها عدم فائدة الايقاف ، لأن جهات الأحوال الشخصية المفروض فيها الاختصاص قضت بعدم اختصاصها . وقد طبق هـذا المبدأ فى قضية هنرى سكاكينى الشهيرة(١) حيث طبق قضـاة المختلط قواعد البنوة فى الشريعة الاسلامية لاثبات بنوة مسيحى مصرى(٢) ! ! وفوق ذلك فان المحـاكم المختلطة اعتبرت نفسها محـاكم أحوال شخصية بالنسـبة للروس اللاجئين وذلك لعدم وجود هيئة أخرى تختص بشأنهم فى هذه المسائل(٣) . ففى جميع هـذه الأحوال طبقت المحاكم المختلطة قوانين أجنبية كلما تعلق الأمر بأجانب .

كما أن المحاكم المختلطة طبقت قوانين أجنبية فى العلائق المالية سواء كان منشؤها عقودا أو التزامات مترتبة على أفعال ، وكذلك طبقت قوانين أجنبية فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم شكل التصرفات ، وفى المنازعات المتعلقة بمنقولات أو بعقارات موجودة فى الخارج اذ أنها طبقت قانون موقعها .

ولا يغيب عن الذهن أن المحاكم المختلطة عند ما طبقت هـذه القوانين الأجنبية ، انما كانت تفعل ذلك بناء على التزامها بتحقيق العـدالة ، لا لمجرد المجاملات الدولية ، حتى فى الأحوال التى لا يوجد فيهـا نص تشريعى خاص يقضى بذلك(٤) .

---

(١) وقد صدر فيها حكم استئناف فى ٢٠ يونيه ١٩٣٣ . م . ت . م . ٤٣ . ١٣٤ .

(٢) وفى هـذا من الشذوذ ما لا يخفى لأن الأصل هنا وجوب تطبيق قانون الديانة التى ينتسب اليها الأدب ، ولـكن لما كانت أحكام هذه الديانة غير معروفة لدى المحـكمة ، استعاضت هنا بأحكام الشريعة الاسلامية ، كل هذا منعا لانكار العدالة والسكوت عن الحـكم فى الموضوع الأصـلى .

(٣) وسـنرى فيما بعد أن هـذه المسألة قد أخذت دورا هاما فى القضاء المختلط . انظر الـكتاب الثالث من مؤلفنا .

(٤) انظر حكم استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٣ . جازيت . ٣ . ٣٠٩ .

٢٠٢ — والخلاصة أن الأخذ بمقتضى القوانين الأجنبية أو المصرية انما يتم وفقا لما تقضى به قواعد تنازع القوانين المصرية . وتفضيل أحد هذه القوانين المتنازعة دون الأخرى يرجع الى اعتبارات أربعة : (أولا) أن يكون القانون المطبق هو القانون الشخصى . (ثانيا) أن يكون القانون المطبق هو القانون المحلى. (ثالثا) أن يكون القانون المطبق هو قانون موقع المال . (رابعا) أن يكون القانون المطبق هو قانون ارادة المتعاقدين . وسنبحث تطبيق كل من هذه القوانين فى مبحث على حدة .

المبحث الثانى

فى

تطبيق القانون الشخصى

٢٠٣ — رأينا عند تحليلنا للنصوص المقررة لقواعد تنازع القوانين المصرية ، أن هذه النصوص كثيرا ما ذكرت قانون الجنسية . فأخضعت لحكمه مسائل متعددة أخصها ما تعلق بالأحوال الشخصية ، فاعترفت بذلك بمبدأ شخصية القوانين من هذه الوجهة ، فالقانون الشخصى بالنسبة للأجانب هو قانون جنسيتهم [1] وبالنسبة للمصريين هو قانون ديانتهم ، فيباح لكل شخص الاستفادة من تطبيق هذا القانون فى المسائل التى ذكرها المشرع المصرى فى النطاق السالف . ونص المادة ٤ م . م . قاطع فى هذا الصدد وان كان يتكلم فقط عن الاختصاص ، ولا يقل عنه صراحة نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وذلك رغم ما بينهما من فوارق . وقد ذكرنا أن حكم المادة

---

(١) سواء كانوا تابعين لدول من أصحاب الامتيازات أو لا . ويكون الفارق هو وجود محاكم أحوال شخصية فى مصر بالنسبة للأولين دون الآخرين الذين يجب عليهم الالتجاء الى محاكم بلادهم مهما بعدت ! !

الرابعة كرره الشارع بعد ذلك مرارا فى المواد ٧٨/٧٧ و ١٩٠/١٣٠ م . ا . م . فيلزمنا اذن كى نحدد نطاق تطبيق القانون الشخصى أن نعرف أولا المراد باصطلاح الأحوال الشخصية فى نظر المشرع المصرى ؟ فاذا رجعنا الى النصوص التشريعية السالفة وجدناها قد اكتفت بتعداد بعض المسائل الداخلة فى نطاق الأحوال الشخصية دون البعض الآخر ، فلم يأت فى المادة الرابعة المختلطة ذكر للهبة مع أنه من المتفق عليه فقها وقضاء تعلقها بالأحوال الشخصية [١] خصوصا وأنه قد ورد ذكرها صراحة فى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية [٢] ، ومن الجهة الأخرى فقد ذكرت المادة الرابعة مختلطة أن المسائل المتعلقة بالزواج ومنها النظام المالى للزوجية تدخل ضمن مسائل الأحوال الشخصية وأخضعتها لحكم القانون الشخصى ، ورأينا فيما مضى أن المحاكم قد حكمت باعتبار مشارطات الزواج خاضعة لقانون ارادة المتعاقدين ، وهكذا لا تخضع دائما للقانون الشخصى ، وذلك نظرا لصبغتها

---

(١) وهناك من يخالف هذا الرأى . انظر De Rausas . ٢ . ٣٦٤ وما بعدها ، وعكس ذلك ٣٠ يناير ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٤ . ١٠٦ الذى قضى بأن دعوى تنزيل الهبة الى الحد الجائز شرعا من اختصاص قاضى الأحوال الشخصية .

(٢) وهذا لا ينفى وجوب مراعاة الأحكام التى أوردها المشرع صراحة فى النصوص المدنية (المادة ٧٠/٤٨ . م . ا . م وما بعدها) ، انظر كامل مرسى بك « الملكية والحقوق العينية » الجزء الثانى . ٢٨٣ . حيث يقرر أن الشارع قد اعتبر الهبة من مسائل الأحوال الشخصية لما لاحظه من أنها تقوم غالبا على فكرة التبرع المندوب اليه ديانة ، فأخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس فى نطاقها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها (راجع نقض ٢١ يونيه ١٩٣٤ محاماة . ١٥ . ٨٧) . وفى رأى العميد أنه يجب أن يطبق على الهبة النصوص المدنية ، ولا يرجع الى أحكام قوانين الأحوال الشخصية الا عند عدم وجود نص فى القانون . وانظر أيضا استئناف أهلى ١٣ ابريل ١٩٢٦ مرجع القضاء رقم ٤٢٦٦ . وانظر أيضا قضية البرنس جمال الدين السابق الاشارة اليها ٢٣ مارس ١٩٢٦ . م . ت . م . ٣٨ . ٣٠٢ اذ لم يستلزم قسمة الموهوب المشاع لصحة الهبة وذلك حسبما تقضى به الشريعة الاسلامية .

المالية وابعدها عن اللصوق بشخص الزوجين[١] وكذلك اذا بحثنا عن المسائل المتعلقة بالأبوة والبنوة لا نجد لها أثرا فى النصوص التشريعية[٢] فهل معنى ذلك أنها خارجة عن الأحوال الشخصية ؟ هذا مارفضت المحاكم المختلطة[٣] الأخذ به رغم قولها فى بعض أحكامها أن المسائل الواردة فى المادة الرابعة المختلطة قد أتت على سبيل الحصر ، لا على سبيل المثال . ومن المعلوم أن هذه المحاكم قداستندت على هذه الحجة لكى تعطى نفسها اختصاصا واسعا فيما يتعلق بمسائل الأوقاف وما زالت طبيعة الوقف القانونية محل خلاف كبير[٤] .

٢٠٤ — واصطلاح الأحوال الشخصية جديد فى مصر ، اذ دخلها بدخول التشريعات الوضعية ، فهو اذن غير معروف عند علماء الشريعة الغراء ، فلا يصح أن نرجع الى أقوال هؤلاء لكى نقف على تحديد نطاقه ، خصوصا اذا راعينا أن المشرع المصرى قد تغاضى عن ذكره فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عند بيانه لاختصاصها فاستبدل به عبارة « المواد الشرعية[٥] » ، وهو تعبير على ما يظهر أقرب الى الانسجام مع المصطلحات الشرعية . فماذا يقصد اذن باصطلاح الأحوال الشخصية ؟ عرفنا أن هذا الاصطلاح قديم ويرجع فى تاريخه على الأقل الى أيام Dumoulin ، وأن النظريات المختلفة لم توفق بالضبط لتحديد نطاقه[٦] ، وأن المشرع الفرنسى الذى نقل عنه المشرع المصرى أغفل ذكره وليس له أساس سابق فى مصر . لذلك كانت الصعوبات كبيرة بشأن تحديد

---

(١) انظر مع ذلك ٩ فبراير ١٩٢٦ . ٣٨ . ٢١٩ .

(٢) اذ لم تذكر على الأقل صراحة ، وان كان ذلك مستفادا ضمنا من مسلك المشرع المصرى من جهة ، ومن جهة أخرى من ذكر مسائل الزواج والأنكحة لأنها تدخل تبعا لها فى اختصاص قاضى الأحوال الشخصية .

(٣) وكذلك المحاكم الأهلية استئناف أهلى ١١ أبريل ١٩٢٨ محاماة . ٨ . ٩١٤ .

(٤) انظر الأحكام المشار اليها فى مجموعة بسطوروس . ١ . ٣٦٤ وما بعدها .

(٥) راجع المادتين ٦ ، ٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(٦) راجع Lévy-Ullmann فى دروس الدكتوراه . ١٩٣٥ . ١٦٥ وما بعدها .

نطاقه وان كان القضاء [١] قد جرى على استعماله فى الكثير من أحكامه دون أن يلتفت الى الصعوبات السالفة ، وللتغلب عليها يلزمنا أن نرجع بصفة أصلية الى أقوال الكتاب الفرنسيين وما جرى عليه القضاء فى مصر .

٢٠٥ — ويعترف الشراح فى فرنسا بصعوبة تحديد مرمى هذا الاصطلاح لأنه لا يقوم على عناصر دقيقة وانما يعتمد على التصور évocation فعند سماعه يشعر الانسان أن المراد به هو بيان القوانين والعادات المتصلة بشخص الانسان ، والتى تتبعه أينما سار . فتحديد معنى هذا الاصطلاح مرتبط اذن بمدى مبدأ شخصية القوانين .

٢٠٦ — ولقد حاول كتاب القانون المدنى الأقدمون أن يبينوا مداه فلم يوفقوا توفيقا كاملا فاذا رجعنا الى Pothier [٢] وجدنا أنه يقول بأن المراد به هو النصوص التشريعية وقواعد العادات التى تنظم حالة état الشخص وأهليته ، وكذلك المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية . ونحا نحو Pothier العالمان Aubry et Rau . فلم يضعا تعريفا للأحوال الشخصية وذلك رغم شغفهما الشديد بالتعريفات بل اكتفيا بمجرد الوصف وضرب الأمثال لصعوبة التحديد ، وقالا فى النهاية بأن مسائل الأحوال الشخصية هى ما تعلقت بالحالة والأهلية مطلقة كانت أو مقيدة [٣] ، وحبذا الأخذ بأفكار D'Argentré فى هذا الصدد.

٢٠٧ — ويظهر أن للأحوال الشخصية فى فرنسا معنى تقليديا يتلخص

---

(١) ٢ مارس ١٩٢٢ . م. ت . م . ٣٤ . ٢١٤ و ٩ فبراير ١٩٢٦ . م . ت . م . ٣٨ . ٢٢٠ ونقض مصرى ٣٠ نوفمبر ١٩٣٣ . مجلة القانون والاقتصاد ٤ ملحق العدد الأول . ١٨ .

(٢) مؤلفه . ١ . ٢ .

(٣) أى سواء تعلقت بالتصرفات على العموم ، أو كانت مقيدة بالبعض منها . أى أن الكاتبين جمعا فى صعيد واحد ما يعرف بالأهلية العامة والأهلية الخاصة . قارن دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ١٣٧ ومؤلف الكاتبين فى القانون المدنى . ١ . ١٣٧ ومقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٨٠٣ .

فى أنها تشمل كل ما يتعلق بحالة الشخص العائلية وأهليته ، ولو أنهم يتوسعون فى ذلك أحيانا فيعرفونها بأنها القوانين المنظمة لحالة الأشخاص على العموم . فيتاح بذلك للفرنسيين المقيمين أو المتوطنين فى الخارج الاستفادة من نظم الأحوال الشخصية الفرنسية . وقد رأينا أنه على هذا الأساس أتيح للأجانب ، عن طريق التبادل ، الاستفادة من مزية أحوالهم الشخصية متى وجدوا فى فرنسا ، فيعتبر قانون أحوالهم الشخصية هو قانون جنسيتهم .

على أنه كان من الصعب دائما وضع مقياس للتفرقة بين الأحوال الشخصية وغيرها من الأحوال وعلى الأخص الأحوال العينية . ومن المعلوم أن الاصطلاحين قديمان عرفا منذ زمن بعيد ، فأقرهما القانون الفرنسى القديم ، ودخلا القانون الفرنسى الحديث كما تشهد بذلك الأحكام ، وان كان معناهما قد تطور وتحور ، خصوصا بعد أن ظهرت عدة أحوال أخرى بجانبهما . واعتقد الأستاذان Aubry et Rau وجود هذا الضابط فقالا بضرورة الرجوع الى طبيعة الأشياء والى نص المادة الثالثة من المجموعة المدنية الفرنسية[1] . ولم يتورط القضاء الفرنسى فى وضع مقياس عام بل بحث كل حالة على حدة ، فنشأ عن ذلك خلاف فى بعض المسائل .

٢٠٨ — أما فى مصر ، فالصعوبة أكثر فى وضع مقياس للتفرقة بين ما يدخل فى الأحوال الشخصية وغيرها ، ويرجع ذلك فى نظرنا الى أسباب أربعة : أولا . عدم وجود قانون عام للأحوال الشخصية ، لذلك كان من الطبيعى أن تختلف وجهات النظر حتى فى خارج القضاء على ما يدخل فى الأحوال الشخصية وما لا يدخل فيها . ثانيا . أنه لا يمكن الرجوع الى الشريعة الاسلامية لاستطلاعها المراد بالأحوال الشخصية لأن الشريعة لا تعرف هذا الاصطلاح ، اذ أن تصرفات الأحوال الشخصية تدخل تحت قسم المعاملات عند علماء الشريعة

---

(١) انظر Aubry et Rau . ١ . ١٣٧ .

ثالثـا . أن نصوص الأحوال الشخصية [١] التى أعلنت وقت ادخال المجموعة المدنية قاصرة عن أن تؤدى حلولا لجميع الصعوبات التى تظهر فى العمل : هـذا علاوة على أن المشرع المصرى قد أدخل فى اختصاص جهات الأحوال الشخصية مسائل تبعد الى حد كبير عن نظام العائلة كالمواريث والوصايا [٢] . رابعا . رغبة الهيآت القضائية المنتشرة فى البلاد فى التوسع فى اختصاصها ما أمكن ، ولو على حساب بعضها البعض .

٢٠٩ — ازاء ما تقدم كان طبيعيا أن يحار القضاء فى تحديد هذا الضابط فسار فى بداية الأمر على القول بأنه تدخل ضمن الأحوال الشخصية النظم القانونية التى لم ينظمها المشرع المدنى تنظيما كاملا .

وقالت أحكام أخرى بوجوب التفرقة بين المنازعات ذات اللون المالى ، والمنازعات ذات اللون الشرعى [٣] ، ولمـا عرض الأمر أمام محكمة النقض المصرية [٤] بمناسبة النفقات ووجود نصوص متعارضة بشأنها فى المجموعة المدنية الأهلية ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية والشرعية قضت باعتبار النفقة داخلة فى الأصل ضمن اختصاص جهات الأحوال الشخصية ، أى انها تدخل ضمن الأحوال

---

(١) كما أن عبارة النصوص المدنية عامة وغامضة كالمادة ٤ . م . م ، وكذلك المادة ٩ . م . م ، ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، كما أن هناك مسائل أتت فيها نصوص مشتركة كالنفقة والهبـة ، وغنى عن البيان مسائل الأوقاف اذ لا يمكن أن يعرف الى أى حد بالضبط يجب تطبيق النصوص المدنية . انظر مجموعة بسطوروس . ١ . ٣٩٤ وما بعدها .

(٢) وسنرى أن لنظام الامتيازات هنا شأنا كبيرا .

(٣) حكم محكمة مصر الـكلية ٢٨ ابريل ١٩٣١ المحاماة . ١٣ . ١٩٣ .

(٤) ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ والحـكم منشور فى مجلة القانون والاقتصاد . ٤ . ملحق العدد الأول . ١٨ . وجاء فيه أنه عند اجتماع المانع لحـكم والمقتضى له يقدم المانع لهذا تكون المحاكم الأهلية غير مختصة بالفصل فى نفقة الزوجة . وقرر نفس الحـكم اختصـاص المحاكم الأهلية فى أحوال تقرير النفقة المذكورة فى النصوص المدنية التى ليس لها ذكر فى قوانين الأحوال الشخصية للطرفين .

الشخصية . ولكن عندما بحثت[١] فى وصايا المسيحيين والقانون الواجب تطبيقه عليها تعرضت لتعريف الأحوال الشخصــية وما يدخل فيها ، فذكرت أن النفقة داخلة ضمن الأحوال العينية لأنها من الأمور المتعلقة بالمسائل المالية . ولا شك أن التناقض ظاهر فى قضــاء محكمة النقض . وفى هذا ما يدلنا على الصعوبة فى وضع ضابط للتفرقة بين الأحوال الشخصية وغيرها . وجدير بنا أن نذكر التعريف الذى قالت به محكمة النقض ، للأحوال الشخصية : « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككون الانسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عتــه أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية » . وظاهر أن هذا التعريف يدخل ضمن الأحوال الشخصية ما يعرف الآن باسم الحالة état والأهلية capacité بأنواعها ، ولذلك كان قريبا جــدا من التعريف الذى ذكره Aubry et Rau . غير أنه معيب لأنه لم يمــيز بطريقة ظاهرة بين الحالة والأهلية اذ اعتبر الأخيرة داخلة ضمن الأولى ، كما أنه يشعر بأن الأحوال الشخصية والحــالة اصطلاحان مترادفان ، وهما مختلفان ، اذ الأحوال الشخصية أعم ، والحالة داخلة فيها كما سنذكره فيما بعد .

ولقد تعرض بعض رجال الفقه فى مصر[٢] لتحديد المراد بالأحوال الشخصية ووضع ضوابط للتفرقة فيما يدخل ضمنها ، نظرا لأهمية ذلك من حيث الاختصاص الداخلى ، وبالتالى من حيث معرفة القانون الواجب التطبيق . وآراؤهم لا تبعــد كثيرا عما قال به القضاء .

---

(١) والحــكم صادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ ومنشور فى المحاماة . ١٥ . ٨٧ وسنعود اليه بايضاح أكثر فيما بعد .

(٢) وقد أشرنا اليها فى مقالنا « المحــاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٨٠٦ . وكذلك راجع مؤلف Messina . ١٠٢ وما بعدها .

٢١٠ — وعندى أنه لتحديد ما بقى من الاختصاص لقاضى الأحوال الشخصية فى مصر يجب الاسترشاد بعمل المشرع المصرى فى هذا الصدد . ومن المعلوم أن المشرع عند وضعه للنصوص المدنية اهتدى بالمشرع الفرنسى فنقل عنه تقسيماته الرئيسية ، وأهم ما يلاحظ فى هذا المنحى أنه أسقط من مجموعته المدنية الكتاب الخاص بالأشخاص[1] ، فينبنى على ذلك ، أن الأنظمة القانونية المماثلة أو المشابهة لما ذكر فى المجموعة الفرنسية فى الكتاب الخاص بالأشخاص تخرج عن اختصاص المحاكم المدنية لكى تكون من اختصاص قاضى الأحوال الشخصية . وعلى هذا الأساس يكون من اختصاص القاضى الأخير كل ما تعلق بالزواج والطلاق والأبوة والبنوة والتبنى والوصاية والسلطة الأبوية والأهلية وكل ما تفرع عنها من قصر ورشد وحجر . . الخ . ولو اتبعنا هذا الضابط بدقة كان علينا أن نخرج من اختصاص قاضى الأحوال الشخصية كل ما تعلق بالمواريث والوصايا والهبات[2] لأن المشرع الفرنسى ذكرها فى الكتاب الخاص بالأموال باعتبارها ضمن أسباب اكتساب الملكية ، ولكن يمنع من ذلك أن المشرع المصرى قد أسقطها من مجموعته فلم يورد بشأنها سوى بعض النصوص التى أوردت أحكاما فى مسائل معينة محدودة ، ولذا كان من اللازم الرجوع الى قاضى الأحوال الشخصية ، بحسب الأصل ، بشأنها . ويظهر أن المشرع المصرى فى مسلكه هذا قد تأثر بما كان متبعا فى مصر قبل نظام الاصلاح احتراما منه للحقوق المقررة بالامتيازات[3] . وهكذا أصبح لاصطلاح الأحوال الشخصية معنى أوسع فى مصر عنه فى أغلب البلاد الأوروبية . ودخلت فيه مسائل لا توجد بينها وبين الحالة أو الأهلية رابطة محسوسة .

---

(١) قارن مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » . ٧٩٨ .

(٢) وكذلك مسائل الأوقاف ، مع أنه من المقرر أنها تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية وفقا لما كان متبعا قبل نظام الاصلاح .

(٣) وهذا الوضع معروف فى بلاد أفريقا الشمالية حتى اليوم .

وعلى أية حال فان المشرع المصرى لم يضع ضابطا صريحا يرجع اليــه عند الشــك أو الغموض فقلد بذلك المشرع الفرنسى ، ويظهر أن السر فى ذلك هو صعوبة وضع مقياس يبعد عن مواطن الزلل ، فانتهى بترك الأمر للفقه والقضاء .

ومع ذلك فهنالك مســائل أقر المشرع المصرى صراحة بدخولهــا ضمن الأحوال الشخصية وبخضوعها للقانون الشخصى . وهذه وردت فى المادة الرابعة مختلطة والمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، فيجب اذن أن نفحص هذه المسائل مسترشدين بأحكام المحاكم فيها .

٢١١ — بدأت المادة الرابعة المختلطة بذكر المسائل المتعلقة بالحالة état ، فما هو المقصود بالحالة ؟ قال الشراح الأقدمون انها عبارة عن مجموعة الصفات التى تكون الشخصية القانونيــة للانسان فتميزه عن غيره ، وهذه الصفات طبيعية ومدنية ، ويعرفها الشراح الحديثون بأنها المركز الذى يشغله الشخص فى الجماعة ، والذى من أجله يعترف له القانون بجملة حقوق .

وهناك عاملان رئيسيان ترتكز عليهمــا حالة الانسان الآن . وهما الوطن والعــائلة ، فحالة الوطنى تخالف حالة الأجنبى ، ويحــدد قانون الجنسية علاقة الشخص بوطن معين أى دولة معينة . كما أن مركز الشخص فى العائلة يؤثر فى حالته فالمتزوج يختلف عن الأعزب ، وكذلك من له أولاد تختلف حالتــه عمن ليس له (status familia) [1] .

وبجانب هذين العاملين الرئيسيين توجد عوامل أخرى تؤثر فى حالة الانسان

---

(١) وقد أثار تعريف الحالة خلافات كبيرة بين الــكتاب فى فرنسا اذ اعتاد البعض أن يخلط بين الحالة état والشخصية personnalité والأهلية capacité . ومن الــكتاب من توسع فى معنى الحالة كالــكاتبين Aubry et Rau وتابعهم فى ذلك الى حد كبير Colin et Capitant . وضيق من معنى الحالة الأستاذ Planiol وعلى الأخص فى الطبعة الأخيرة التى نقحها Ripert . وظهر هذا الخلاف عند أساتذة القانون الدولى الخــاص مثل Lainé و Weiss . ويضيق نطاق هــذا السفر عن ذكر كل هذه الخلافات لذلك نكتفى بالاشارة الى دروس الأستاذ Lévy-Ullmann الدكتوراه . ١٩٣٥ . ١٥٥ وما بعدها .

المدنية ، كتكوينه الطبيعى ، وجنسه وسنه وحالته العقلية . فيجب اذن الوقوف على كل هذه العوامل لتحديد حالة الشخص تماما . ولا يغيب عن الذهن أنه فى مصر لا بد من مراعاة عامل آخر ، وهو عامل الدين ، اذ الدين يؤثر فى حالة الأفراد ، فالمسلم لا يوجد تماما فى نفس الحالة التى يوجد فيها المسيحى أو اليهودى . فاختلاف الملل له أثر من جهة الوجهة . ويقرر المرحوم أبو هيف بك [١] أن اصطلاح الحالة status و état نسبى يختلف وصفه وحكمه باختلاف القوانين والبلدان ، وان قوانين العالم لا تختلف فى موضوع أكثر منها فى موضوع الحالة فالتبنى وعزوبة الرهبان وتعدد الزوجات ، وجعل ولد السفاح شرعيا بالتزوج من أمه ، وغير ذلك من الأنظمة المشروعة فى بعض القوانين والتى قد تكون غير مقبولة بل محرمة فى قانون بلد آخر .

٢١٢ — وسنرى فى الكتاب الخاص بالجنسية كيف تتحدد حالة الشخص بالنسبة لاتصاله بوطن معين ، ونبحث الآن ، كيف تتحدد حالة الشخص بالنسبة لاتصاله بعائلة معينة . وأساس نظام العائلة هو الزواج ولذا نبدأ به .

٢١٣ — يخضع الزواج فى مصر فى كل ما يتعلق به للقانون الشخصى ، أى لقانون الأحوال الشخصية للجهة التابع لها الزوجان فى الاختصاص ، فان كانا مسلمين اتبعت الشريعة الغراء فيرجع اليها لمعرفة أهلية الزوجين ووجود الزواج ، وعدم وجود المانع الشرعى ، وعلى العموم فى كل ما يتعلق بصحة الزواج وفساده وكذلك فى الآثار المترتبة عليه أو ما يسمى بالالتزامات القانونية التى تنشأ بفعل الزواج وبدون حاجة الى اظهار ارادة خاصة بذلك [٢] . أما بالنسبة لاثبات الزواج عند المنازعة فلم تستلزم الشريعة شكلا دينيا خاصا ينعقد به célébration du mariage ويرجع اليه فى الاثبات ، كما جرت على ذلك أغلب الأديان ،

(١) راجع مؤلفه . ٤٢٠ ومؤلف Dicey . ١ . ٥ و ١٦٤ .

(٢) أما بالنسبة لالتزامات النفقة فنى الأمر خلاف سنعرض له فيما بعد .

وكذلك التشريعات الوضعية ، بل اكتفت بمجرد الايجاب والقبول المعتبرين ، وحضور شاهدين مستوفيين للشرائط كما فى سائر العقود الأخرى . ولكن المشرع المصرى ارتأى مع ذلك أخيرا منع القضاة الشرعيين من سماع دعوى الزواج اذا لم يكن ثابتا بمحرر رسمى أمام القاضى أو مأذونه [١] . فالزواج فى ذاته من الوجهة الدينية صحيح ولكن الممنوع هو سماع الدعوى الخاصة به ، ولكن نظرا لما يترتب على هذا المنع من نتائج خطيرة اضطر المسلمون الآن الى تحرير عقود زواجهم بموافقة الشكل الرسمى دون الاكتفاء بالوضع الدينى السالف . فاذا كان الزوجان غير مسلمين يرجع الى جهة الاختصاص الدينية فى كل ما يتعلق بالزواج على حسب الايضاح السابق . والأمر هين متى كان الزوجان متحدى الملة [٢] .

أما اذا كان الزوجان أجنبيين فالمرجع فى زواجهما عند التنازع الى جهة الاختصاص القنصلية اذا كانا من رعايا دولة من الدول صاحبات الامتياز ، فان كانا من رعايا دولة أجنبية غير متمتعة بالامتيازات فلا توجد جهة قضائية فى مصر يرجع اليها اذا حصل نزاع بشأن زواجهما [٣] . أما فيما يتعلق باتمام عقد الزواج فى ذاته فهذا أمر هين ، اذ يمكنهما الالتجاء الى قنصليتهما أو الى احدى الجهات الدينية التابعين لها ديانة [٤] .

٢١٤ — وعلى العموم فان الحلول السابقة بعيدة عن التعقيد وأساسها

---

(١) وقد عدلت اللائحة الشرعية مرارا فى هذا الصدد منذ سنة ١٨٩٧ وكذلك فى سنة ١٩١٣ وأخيرا فى سنة ١٩٣١ والشكل هنا يقصد به تسهيل الاثبات فحسب ad soleminitatem .

(٢) انظر المجموعات العشرية المختلطة تحت كلمة Patriarcats .

(٣) ويظهر أن رعايا دولة رومانيا يتمتعون بمعاملة خاصة ، بموجب اتفاقات خاصة ولو أن رومانيا ليست من الدول صاحبات الامتيازات . وسنعرض لهذه المسألة فى الكتاب الرابع من مؤلفنا . قارن Pillet-Niboyet . ٧٢١ وما بعدها .

(٤) انظر ٩ فبراير ١٩٢٦ . ٣٨ . ٢١٩ و ١٩ يناير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ١٨٠ و ٢٥ مارس ١٨٩٧ م . ت . م . ٩ . ٢٤٦ و ٢٩ يناير ١٨٩١ . م . ت . م . ٣ . ١٤٥ .

عدم وجود قانون وطنى واحد للأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين ، اذ أن هذا القانون مختلف باختلاف الأديان ، أما بالنسبة للأجانب فيطبق قانون الجنسية أسوة بالتشريع الفرنسى وكذلك بالتشريع الايطالى . وأساس تطبيقه أن قانون كل دولة وضع لحماية العائلة التى تقوم عليها الدولة فلا يصح تطبيق قانون آخر [١] .

وتبدأ الصعوبات عند ما تختلف جنسية الزوجين أو ديانتهما ، ويزيد الأمر صعوبة أنه لا توجد لدينا نصوص تشريعية تفصل فى هذه المعضلة فتقضى بتفضيل أحد القانونين على الآخر أو توجب تطبيق أحدهما على حسب الأحوال . وقضت المحاكم المختلطة بهذه المناسبة أنه عند اختلاف جنسية الزوجين يجب أن نرجع لقانون جنسيتهما فى تحديد أهليتهما للزواج ، وذلك بالتطبيق للمادة ١٩٠ [٢] م ٠ م واستندت المحكمة فيما يتعلق بالزواج على اتفاقات لاهاى فى سنة ١٩٠٢ التى لم تشترك فيها مع ذلك مصر ، فقررت المحكمة أن لمثل هذه الاتفاقيات قيمتها ، وأخذت بأحكامها لأنها المتبعة علما وعملا [٣] ، وبناء على ما تقدم قضت المحكمة [٤] ببطلان الزواج الحاصل بين مصرية مسلمة وروسى أرثوذكسى

---

(١) ومن هنا يرى الجمع بين فكرتى السيادة أى سيادة الدولة على رعاياها ولو وجدوا فى الخارج ، وتحقيق الأغراض التى يرمى اليها القانون . قارن Poullet بند ٥٤ .

(٢) ومع ذلك فللأهلية فى عقدالزواج معنى آخر خلاف الأهلية فى العقود المالية وذلك نظرا للالتزامات التى يرتبها القانون على عقد الزواج — كيفية الوفاءبها وانقضائها — ولا غرابة فى ذلك لأن عقد الزواج يترتب عليه تغيير فى الحالة . قارن Bartin . ٢ . ١٢٠ و Makarov . ٣١٠ .

(٣) وتنص المادة الأولى من هذه الاتفاقات على أن الحق فى عقد الزواج يخضع لقانون جنسية الزوجين المستقبلين الا اذا أحال هذا القانون الى قانون آخر . Makarov ٣١٣ . وقد حوت اتفاقية لاهاى نصوصا مقررة لاستثنا آت تمنع من تطبيق قانون الجنسية .

(٤) استئناف مختلط ١١ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ . ١٩٦ وكتاب أبى هيف بك . ٤٣٩ و٤٧٢ . ورغبة فى تصحيح الزواج أسلم الزوج وعقد عليها من جديد وتسمى باسم « الشيخ جلال الدين محمد عبد الرحمن » . ولكن ماذا يكون الحكم لو اختلفت ديانة الزوجين المصريين فهل يرجع هنا الى القانون الدينى لكل منهما للحكم فى صحة الزواج أو يرجع الى قانون الزوج وحده ؟ والحل ظاهر اذا كان الزوج مسلما لأن اعتبارات النظام العام تدعو الى تغليب =

لأن الشريعة الاسلامية ، وهى الشريعة التى تحكم الأحوال الشخصية للمرأة لا تقر هذا الزواج .

وهذا الحكم وان كان صحيحا فيما وصل اليه الا أننا نعتقد مع ذلك أنه ربما كان خاطئا فى التدليل ، اذ قرر أن هذه المرأة غير أهل للزواج من مسيحى ، والواقع يخالف ما تقدم اذ أن هذه المرأة أهل للزواج وانما الذى أبطل الزواج قيام المانع الدينى prohibition confessionnelle فى شخص الزوج وهو عدم اسلامه ، فأهلية الزواج اذن عند المرأة كاملة غير منتقصة وانما أبطل زواجها وجود المانع السالف الذكر .

وفى قضية أخرى حكمت المحاكم المختلطة (١) بأن زواج التركية بايرانى (وهما مسلمان) يعتبر صحيحا رغم المنع الوارد فى القانون التركى القديم . وأساسه اختلاف المذهب ، اذ من المعلوم أن الايرانيين من الشيعة بخلاف الأتراك . وقد عللت المحكمة حكمها بأن هذا المنع متعلق بنظام البوليس mesure de police أى منع محلى ، لايتجاوز الاقليم ، كما أنه لا يقصد بتقريره ايجاد مانع شرعى من الزواج اذا اقتصر الدكريتو التركى على القول بأن الأولاد الناتجين عن هذا الزواج يعتبرون أتراكا لا ايرانيين ، ولم ينص على بطلان الزواج . والخلاصة اذن أن المنع لا يتعلق بالأهلية .

= الشريعة الاسلامية ، وكذلك يكون الحكم لو أن الزوجة كانت مسلمة اذ أن الزواج باطل شرعا هنا . ولكن تتعقد الأمور لو أن الزوجين كانا غير مسلمين وكل منهما ينتسب الى ديانة أو مذهب مخالف للآخر .

وفى رأى الدكتور الزينى أن الزواج فى هذه الحالة الأخيرة يخضع لأحكام الشريعة الاسلامية بشأن زواج غير المسلمين لأن جهة الاختصاص بشأنه هى المحاكم الشرعية (انظر مذكراته . ٢٦٤) وللاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية فى مصر تأثير فى القانون الواجب التطبيق . ونحن نقر هذا الرأى قارن بند ١٥٥ من مؤلفنا ، و Bartin . ٢ . ١٢١ .

(١) ٢٥ مارس ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩ . ٢٤٧ . ابو هيف بك . ٤٧٩ وقارن Dicey . ٦٨٤ .

ولقد أصدر المشرع المصرى فى صيف سنة ١٩٣٣ [(١)] قانونا حرم به على موظفى السلك السياسى والقنصلى الزواج من أجنبيات والا اعتبروا مستقيلين من وظائفهم. فهذا المنع لا يتعلق بدوره بالأهلية، ولا يمكن أن يترتب عليه بطلان الزواج، على الأقل، وفقا لقانون الزوج، لأن هذا البطلان لم يأت به نص فى القانون، فاذا تم هذا الزواج رغم المنع فانه صحيح ومعتبر ومنتج لكل آثاره، ولكن يترتب عليه فقط الجزاء الادارى، وهو الفصل من الوظيفة بناء على الاستقالة الضمنية. وليس هذا التشريع الأول من نوعه بل هناك دول أخرى أخذت به، ويقصد به كما هو ظاهر حماية مصلحة الدولة ومنع الأجنبيات من الاتصال دائما بممثلى الدولة فى الخارج لما قد يترتب على ذلك من مضار، وعلى الأخص اذا كان الاختيار غير موفق.

٢١٥ — وعلاوة على هذه الموانع الدينية والادارية [(٢)]. فانه توجد فى بعض البلاد موانع متعلقة باللون. ففى الولايات المتحدة لا يمكن للسود أن يتزوجوا من البيض، فمثل هذا الزواج باطل. والمنع هنا متعلق بالأهلية وفقا للقانون الأمريكى، فاذا فرض أن تم زواج بين امريكية بيضاء وامريكى زنجى من

(١) وهو القانون رقم ٤١ . ١٩٣٣ وهاك نصوصه الهامة بعد الديباجة :

(١) لايجوز للممثلين السياسيين والقنصليين ولا لمأمورى القنصليات التزوج من غير مصرية .

(٢) الموظف الذى يخالف الحكم المتقدم الذكر يعتبر مستقيلا ومع ذلك يبقى له الحق فى المكافأة أو المعاش .

(٣) يسرى هذا القانون على أمناء المحفوظات والمفوضيات والقنصليات وكذلك على التلاميذ الملحقين بالسلك السياسى والقنصلى .

وقد حصل التساؤل عما اذا كان من الممكن التخلص من هـذا المنع عن طريق أخذ اذن من وزير الخارجية . وعندنا أن هذا الاذن غير كاف اذ أن وزير الخارجية لا يمكن أن يملك رفع الحظر المقرر بقانون بعمل ادارى من جانبه ، دون تفويض تشريعى بذلك .

(٢) ويرى الأستاذ Bartin الرجوع الى قانون الزوج فى كل ما يتعلق بالموانع من الزواج . ٢ . ١٢٣ .

الهنود الحمر ، وعرض أمر هذا الزواج على المحاكم المختلطة فماذا يكون الحكم ؟ فى اعتقادى أن هـذا المنع متعلق بالأهلية فى أمريكا فقط ، فلا يتعداها اذن الى الخارج ، فيجب الحكم بصحة هذا الزواج لأن التكييف يخضع لقانون القاضى ، وهذا ما حكمت به المحاكم فى فرنسا وكذلك فى انجلترا [١] فاعتبرت أن المانع من الزواج هنا محلى ، وأن الأخذ به مخالف للنظام العام فى هذه البلاد .

فكرة النظام العام تظهر فى مسائل الزواج ولكن هل يمكن تطبيقها أيضا فى مصر؟ أو بعبارة أخرى هل يمكن الحكم ببطلان زواج تم صحيحا وفقا لقانون جنسية الزوجين أو لقانون ديانتهما اذا كان مخالفا للنظام العام فى مصر ، أو على العكس من ذلك هل يمكن اعتبار الزواج صحيحا فى مصر ولو أنه باطل وفقـا لقانون أحد الزوجين دون الآخر ؟ ربما كان من الصعب تقرير ذلك فى جميع الأحوال ولنضرب مثلا عمليا . تقرر بعض الشرائع صحة زواج الخال من بنت أخته أو العم من بنت أخيه أو غير المسلم من المسلمة [٢] فهل يعتبر مثل هذا الزواج صحيحا فى المحاكم المصرية ، أهلية كانت أو مختلطة ؟ من المعلوم أن هذا الزواج باطل وفقا للشريعة الاسلامية ، الشريعة العامة فى البلاد ، وذلك بسبب عدم مشروعية المحل . ولقد رأينا فيما مضى أن الامام أبا حنيفة عنـد ما أجاز تطبيق القانون الدينى للذمى بمعرفة القاضى المسلم وضع لذلك بعض قيود منها القيد السالف ، فهل يمكن اتباع هذا الحكم الآن بعد الاصلاح ؟ قد يزعم البعض أن المشرع المصرى رضى بجعل الاختصاص والقضاء فى مسائل الأحوال الشخصية ، فى الأصل ، من اختصاص الهيآت الدينية والقنصلية ، وهذه الهيآت ستعتبر الزواج صحيحا ، فاذا ما عرض أمر هذا الزواج بصفة فرعية أمام محكمة زمنية فلا يصح لها أن تفصل فيه على وجه مخالف لما تفصل فيه جهة الاختصاص العادية ، ائتمارا فقط بأحكام

---

(١) قارن قضية Soulié السـابق الاشارة اليهـا . ٢١١ . هامش (١) من مؤلفنا . وقارن . Dicey . ٦٨٤ .

(٢) كالتشريع التركى الحديث . كذلك قارن Dicey . ٦٨٠ .

الشريعة الاسلامية . ولكن ألا يمكن القول بأنه ما دام هذا الزواج قد عرض أمام قاض يعترف بوجود فكرة النظام العام ، وأن هذه الفكرة يقصد بها مراعاة مصلحة الجماعة وعدم المساس بمشاعرها واحساسها ، وعلى الأخص فى بلد يجعل للاعتبارات الدينية أهمية كبرى فمن الواجب اذن الحكم ببطلان هذا الزواج على الأقل فى نظر محاكم الدولة ؟ على أنه لا يمكن الاستناد ، تأييدا لهذا الرأى على ما قال به أبو حنيفة ، وقد رأينا أنه أجاز للقاضى المسلم أن يقضى فى بعض الأحوال ببطلان الزواج المعتبر صحيحا بين الذميين وفقا لأحكام دياناتهم متى كان مخالفا للأحكام الاسلامية التى لا تقبل التغيير .

على أنه من الجهة الأخرى قد يكون الزواج صحيحا وفقا للشريعة الاسلامية شريعة الزوج وباطلا وفقا لقانون الزوجة ، كأن تكون هذه الزوجة زوجة ثانية مسيحية لزوج مسلم . ومن المعلوم أن تعدد الزوجات مخالف للنظام العام وفقا للشرائع الأوروبية ولكنه ليس مخالفا للنظام العام فى مصر . ولذا يضرب هنا صفحا بلا شك عما تقضى به المحاكم الأجنبية ويعتبر الزواج صحيحا فى مصر أمام جميع هيئاتها القضائية [1] فتترتب عليه جميع نتائجه .

والواقع أن فكرة النظام العام محدودة التطبيق فى مسائل الزواج فى مصر وذلك بسبب تعدد قوانين الأحوال الشخصية ، ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه تجب مراعاة أحكام الشريعة الاسلامية فى بعض الأحوال [2] بناء على هذه الفكرة ، وبناء على أنها الشريعة الغالبة فى مسائل الأحوال الشخصية ومراعاة لنص الدستور [3] بأن مصر بلد اسلامى . فلا يؤخذ بالمانع الدينى فى قانون الزوجة ، كما اذا كان قانون ديانتها أو قانون جنسيتها يعترف بوجود مانع من

---

(١) انظر مؤلف أبى هيف بك . ٤٧٨ .

(٢) ولكن هل يلزم مراعاة فوات مدة العدة وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ؟ من المقرر فى هذا الصدد فى أوروبا وجوب اتباع قانون الزوجين ان اتحدا ، فاذا اختلفا فيتبع قانون الزوج باعتباره رئيس العائلة . فاذا كان هذا القانون لا يستلزم فوات مدة للعدة ، ففى رأينا وجوب اتباع الأحكام الشرعية التى أشرنا اليها فى بند ١٥٥ من مؤلفنا .

(٣) المادة ١٤٩ من دستور ١٩٢٣ .

زواجها لمسلم ، فهذا المنع لا يؤخذ به فى حق الزوج بل يعتبر الزواج صحيحا أمام المحاكم فى مصر . وقضى تطبيقا لذلك بأن اليونانى الذى يسلم و يتجنس بالجنسية العثمانية (المصرية حالا) يتمتع بكل ما للزوج المسلم من حقوق ومنها تعدد الزوجات ، أى أن زواجه الثانى لا يعتبر باطلا ، كما أن طلاقه لزوجته الأولى يعتبر صحيحا ، وان كان لسبب خلاف الأسباب المذكورة فى القانون اليونانى (١) .

٢١٦ — واذا رجعنا الى أحكام المحاكم الأجنبية فى مسائل الزواج نجد تطبيقات عديدة لفكرة النظام العام (٢) اذ أن أحوال تلك البلاد تختلف طبعا عن الحال فى مصر ، وأكتفى بأن أذكر هنا بهذه المناسبة أن المحاكم الفرنسية قد قضت بأن زواج المسلم بزوجة ثانية مسلمة كانت أو مسيحية فى فرنسا يعتبر باطلا ، أما اذا حضر هذا المسلم الى فرنسا وبصحبته زوجاته فلا يفرق بينه و بينهن احتراما للحقوق المكتسبة (٣) .

٢١٧ — وأساس الأخذ بفكرة النظام العام فى الزواج هو أن أنظمته مختلفة باختلاف البلاد ، فبينما يعتبر بعضها تعدد الزوجات جريمة فالبعض الآخر يقره كما هى الحال فى أغلبية البلاد الاسلامية . وكذلك فان تحديد السن اللازمة للزواج غير متفق عليه (٤) . ويضاف الى ما تقدم اختلاف الموانع المشتقة من الدين والجنس واللون ودرجة القرابة وكذلك ضرورة الحصول على رضا الوالدين فى بعض البلاد دون البعض الآخر وغير ذلك من الفوارق التشريعية .

٢١٨ — وفى النهاية فان قانون جنسية الزوجين أو ديانتهما هو الذى يرجع اليه فى مصر للوقوف على أهليتهما للزواج ، وليس هذا الحكم مأخوذا به فى

---

(١) ٥ يونيه ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩ . ٢٨٧ .

(٢) انظر موسوعات القانون الدولى تحت كلمة « Mariage » ، وكذلك Dicey . ٨٧٢ .

(٣) انظر Bartin . ٢ . ١٢٥ والهوامش .

(٤) فهل يمكن اعتباره من النظام العام فى مصر بعد تعديل المادة ١٠١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى حددت سن الزوجة فى ١٦ سنة والزوج فى ١٨ سنة ؟ هذا ما نقول به .

جميع التشريعات الأخرى ، فان البعض منها كالدينمارك وانجلترا مثلا يخضعها لقانون موطن الزوجين ، والبعض الآخر يخضعها لقانون محل العقد كما هى الحال فى أمريكا [١] . واتباع هذا المبدأ الأخير مفيد من الوجهة العملية اذ يقضى على كثير من المنازعات ، ولكن يعاب عليه أنه يساعد على الغش والتهرب من أحكام القانون الوطنى للزوجين أو أحدهما . فاذا رأى الزوجان أنه يصعب عليهما عقد الزواج فى بلدهما الأصلى لسبب وجود مانع شكلى أو موضوعى ، فليس عليهما سوى الرحيل الى بلد آخر لا يقر تشريعه هذه الموانع [٢] .

٢١٩ — وظاهر مما تقدم أن القانون الشخصى يحكم الزواج من حيث أهلية الزوجين وما يتعلق بها [٣] ، أما من حيث شكل الزواج فالأصل أن يؤخذ أيضا بالشكل الذى يستلزمه القانون الشخصى اذا اتحدت الجنسية أو الديانة على حسب الأحوال . فالأجانب المتحدو الجنسية يمكنهم أن يعقدوا زواجهم أمام ممثلى دولهم أو أمام قناصلهم . فان اختلفا فى الجنسية يعقد الزواج فى العادة مرتين أمام قنصلى كل من الزوجين على التعاقب ، وذلك من باب الأخذ بالأحوط ، ومع ذلك فقد حكمت المحاكم المختلطة [٤] بأن الزواج يعتبر صحيحا اذا عقد أمام قنصلية الزوج ، وفى القضية كانت الزوجة تكتسب جنسية الزوج بالزواج . واذا اختلف الزوجان ديانة فيعقد الزواج فى كنيسة أحدهما على الأقل [٥] . ومن الجهة الأخرى فان المحاكم المختلطة قد قضت بأن الشكل المحلى فى مصر هو

---

(١) انظر Makarov ٣١٢ . وهناك تشريعات تجمع بين قانونين فى وقت واحد ، فتعتبر قانون الجنسية بالنسبة للمواطنين وقانون محل العقد بالنسبة للأجانب .

(٢) ويحصل عملا أن الفرنسيين يسافرون الى انجلترا فيعقدون زواجهم هناك تخلصا من رضا الوالدين اذا كان الزوجين أو أحدهما دون الحادية والعشرين .

(٣) والمقصود هنا أهلية الرضا وهل يكتفى برضا كل من الزوجين أو يستلزم فى نفس الأحوال رضا وليهما . قارن Bartin . ٢ . ١٢٢ .

(٤) ٢٥ مارس ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩ . ٢٤٦ . ابو هيف بك . ٤٨٣ .

(٥) فان لم يتيسر لهما ذلك فلا نرى مانعا فى عقد زواجهما أمام المأذون الشرعى .

الشكل الدينى، فيصح اذن للايطاليين أن يعقدوا زواجا دينيا فى مصر بدلا من عقده أمام القنصلية الايطالية [(١)] . وفى قضايا أخرى فسرت المحاكم المختلطة الشكل المحلى بأنه الشكل الاسلامى فاعتبرت صحيحا الزواج الحاصل بين فرنسيين أمام القاضى الشرعى [(٢)] .

وأوجه النظر فى النهاية الى أن القنصليات المصرية فى الخارج لها الحق فى أن تباشر عقود الزواج متى كان الزوج مصريا [(٣)] . كما أن بعض التشريعات الأجنبية لا تبيح للقنصليات الأجنبية أن تعقد زواجا الا بين رعاياها فقط، ومنها فرنسا حيث يعتبرون أن الزواج يكون باطلا شكلا اذا تم بين زوجين مختلفين فى

---

(١) ٢٩ يناير ١٩٢٤ والحكم منشور فى م . ت . م . ٣٦ . ١٨٠ . وفى القضية اعتبرت المحكمة الشكل الدينى أى الشكل الذى تقره الجهة الدينية التى ينتسب اليها الزوجان، واعتمدت فى حكمها بصحة الزواج على نصوص القانون الايطالى التى تقرر صحة الزواج شكلا فى حالة ما اذا تم الزواج وفقا للأوضاع المقررة فى قانون جهة العقد . فحكم قاعدة تنازع القوانين الايطالية مخير بين اتباع أحكام القانون الايطالى واتباع القانون المحلى، وتكون المحكمة المختلطة قد قضت فى الأمر كما لو كان النزاع قد عرض أمام محكمة ايطالية . ومع ذلك فان المحكمة المختلطة قد استندت فى قضائها على قاعدة Locus وفى هذا ما يفيد أنها كانت تقضى بصحة هذا الزواج شكلا حتى ولو لم يوجد نص بذلك فى التشريع الايطالى . ويحق لنا أن نتساءل بهذه المناسبة، ماذا يكون حكم هذا الزواج شكلا لو كان الزوجان مختلفين ديانة ؟ وماذا يكون الشكل المحلى فى هذه الحالة ؟ فى اعتقادى أن الشكل المحلى هو الشكل الاسلامى الذى يحق للجميع الركون اليه سواء كان الزوجان مصريين غير مسلمين أو أجنبيين، وذلك لأسباب ثلاثة . أولا : لأنه الشكل المقرر فى الشريعة العامة للأحوال الشخصية فى البلاد . ثانيا : لأنه شكل مدنى بحت بعيد عن الطقوس الدينية . ثالثا : أن هناك فائدة utilitates causa فى اتباع هذا الشكل تسهيلا للزواج وهذا ما قضت به المحاكم المختلطة . قارن المادة ١٧٠ م . ف . و Bartin . ٢ . ١٢٦ . و Pillet-Niboyet . ٧٢٤ .

(٢) مصر المختلطة ٩ يونيه ١٩١٩ . جازيت ٩ . ١٧١ . أبو هيف بك ٤٨٧ .

(٣) المادة ١٦ من المرسوم بقانون الخاص بالقنصليات الصادر فى ٥ اغسطس ١٩٢٥ . وفى هذه الحالة اذا كان تشريع البلد لا يجيز للهيئة القنصلية عقد الزواج فان العقد يعتبر صحيحا وفقا للقانون المصرى وباطلا وفقا للقانون المحلى . ولذا يحصل عادة أن يتم الزواج فى الشكلين رغبة فى الطمأنينة الكاملة . قارن Pillet-Niboyet . ٧٣٢ و Makarov . ٣٢٠ .

الجنسية ولو كان أحدهما منتسبا الى جنسية الهيئة التى باشرت العقد وكانت الزوجة تكتسب جنسية زوجها بالزواج . وتستلزم بعض التشريعات الأجنبيــة توافر الشكلين المدنى والدينى كانجلترا وايطاليا ، ولكن البعض الآخر كفرنسا يكتفى بالشكل المدنى (١) . وتجرى أغلب التشريعات على اعتبار الزواج صحيحا من حيث الشكل اذا اتبع فيه الشكل المحلى ، وذلك بالتطبيق لقاعدة Locus regit actum . وتحديد معنى الشكل يرجع فيه اذن الى قانون المحــل (٢) Loi locale حسبما رأينا فى التكييف . والشكل المحلى غالبا اختيارى ، ولكن البعض يرى مع ذلك أنه اجبارى لصحة الزواج ، وهذا هو رأى الأقلية ، وان أخذت به بعض التشريعات . فيصح اذن اتباع الشكل المنصوص عليه فى قانون الجنسية أو قانون الديانة على حسب الأحوال .

٢٢٠ — أما اثبات الزواج فيخضــع لنفس القانون الذى يخضــع له الشكل .

هذا اذا كان الزواج قد تم فى شكل خارجى معين ، فاذا لم يكن قد تم على هذا الوجه ، أو كانت الورقة المثبتة لتمامه على هذا الشكل قد ثبت بطلانها لعدم استيفاء اجراء معين ، فانه يصح اثبات الزواج فى هذه الحالة من جانب أصحاب المصلحة كالأولاد مثلا ، عن طريق الحالة الظاهرة la possession d'état اذا كان قانون الزواج يبيح الاثبات على هذا الوجه (٣) . ومما هو جدير بالذكر فى هذا الصدد أن التشريعـات المتمدينة لا تقر الزواج الخفى ، بل تستلزم عادة توافر شروط خاصة بالعلانية .

---

(١) أبو هيف بك ٤٨١ وما بعدها . و Makarov . ٣١٧ .

(٢) وتعطى بعض التشريعات ربان البـاخرة ، أو قائد الطيارة حق اجراء الزواج بين رعاياها على الأقل . فيعتبر هــذا الشكل صحيحا وفقا للقاعدة السابقة . أبو هيف بك ، المرجع السابق .

(٣) أنظر Bartin . ٢ . ١٢٨ فى شرحه للمادة ١٩٧ . م . ف . وفى الزواج الخفى Pillet-Niboyet ٧٢٦ و ٧٢٨ .

٢٢١ — وتخضع الآثار التى تنتج عن الزواج لقانون جنسية الزوج لأنه رئيس للعائلة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان الزوجة تكتسب عادة جنسية زوجها (١) . وقد قضت بذلك المحاكم المختلطة باطراد ، فقانون جنسية الزوجة لا يعول عليه اذا ما خالف قانون جنسية الزوج . والظاهر وجوب اتباع نفس الحكم بالنسبة للمصريين اذا ما اختلفت ديانة الزوجين وكان الزواج معتبرا صحيحا بينهما (٢) . ومن المقرر أن تغيير الزوج (٣) لجنسيته أو لديانته لا يؤثر فى القانون الذى يحكم الزواج فى الأصل الا اذا تعلق الأمر بالنظام العام فيطبق قانون أحوال شخصيته الجديد . وقد حكم تطبيقا لذلك بأن اليونانى الذى يتجنس بالجنسية المصرية ثم يعتنق الاسلام يحق له طلاق زوجته ولو لسبب غير الأسباب التى يقرها القانون اليونانى الذى يحكم آثار الزواج فى الأصل (٤) . على أن لجنة تنازع الاختصاص بوزارة الحقانية قد أفتت مرارا برأى مخالف لما تقدم فلم تبح لقبطى ارثوذكسى بعد اعتناقه الاسلام أن ينفذ حكما شرعيا بالطاعة صادرا ضد زوجته بل اعتمدت حكما صادرا من المجلس الملى بابطال الزواج لتغيير الزوج ديانته ، وقد صدرت هذه الفتوى فى سنة ١٩٢٢ وأيدتها أخرى مشابهة فى

---

(١) انظر المادة ١٤ ، قانون الجنسية المصرى الصادر فى ٢٧ فبراير ١٩٢٩ .

(٢) وهذا الحل معقول لأن آثار الزواج فى أغلب الأحيان تتعلق بشخصى الزوجين فكيف يمكن القول باخضاعها لقانونين مختلفين Pillet-Niboyet . ٨٣٣ Pillet المطول . ١ . نبذة ٢٧٧ . ومع ذلك تجب ملاحظة ما قررناه فى هذا الشأن . مؤلفنا . ٢٣٨ هامش ٤ فى آخره .

(٣) وكذلك يتبع الحكم من باب أولى بالنسبة للزوجة . قارن مع ذلك قضية Ferrari فيما بعد . وانظر Pillet-Niboyet . ٧٣٦ . ومع ذلك يتدخل القانون المحلى بناء على اعتبارات النظام العام فيما يتعلق بالآثار الشخصية الناتجة عن عقد الزواج . انظر Makarov . ٣٦٥ .

(٤) انظر Pillet-Niboyet . ٧١٧ وما بعدها وتجرى محكمة النقض الفرنسية على أنه اذا غير أحد الزوجين جنسيته فأصبح فرنسيا يحق له الاستفادة من نصوص التشريع الفرنسى بغض النظر عن تشريع الآخر ، وهذا المذهب منتقدا أشد الانتقاد ، لنتائجه الضارة وانتهاكه لحرمة الحقوق المكتسبة . انظر تعليق Pillet المجلة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ . ٤٦١ وكذلك اتفاقات لاهاى ١٩٠٥ اذ تشير بتطبيق آخر قانون مشترك بين الزوجين .

سنة ١٩٣١ [١] وكذلك فى سنة ١٩٣٥ .

٢٢٢ — ومن أهم الآثار [٢] المترتبة على الزواج الالتزام بالنفقة وذلك بطريقة متبادلة . وقد قرر المشرع المصرى هذا الالتزام بنصوص صريحة فى المواد ١٥٥ ، ١٥٦ / ٢٢١ / ٢١٨ م . ا . م ولذا قام الخلاف حول طبيعتها ، وهل هى متعلقة بالأحوال الشخصية أو لا ؟ وأهمية الخلاف أننا اذا قلنا أنها متعلقة بالأحوال الشخصية فان الحكم فيها يكون موكولا لقانون الجنسية أو الديانة للمدين بالنفقة ، أما اذا قلنا بخروجها عن الأحوال الشخصية فاننا نجعل الحكم فيها من اختصاص التشريع المدنى الأهلى أو المختلط على حسب الأحوال . ولقد فصلت محكمة النقض المصرية [٣] أخيرا فى هذا الخلاف فقررت أن النفقات من اختصاص جهات الأحوال الشخصية ، و بالتالى تخضع لقانون الملة وذلك فيما عدا الأحوال الاضافية الواردة فى النصوص المدنية [٤] . وهذا القضاء مخالف لما سار عليه القضاء المختلط الذى ارتأى أن هذه النصوص متعلقة بالنظام العام ، ولذلك كانت لها صبغة اقليمية فتطبق على كل المقيمين فى مصر ، متى كانوا خاضعين للقضاء المختلط ، وعلى هذا الأساس اعتبرت المحاكم المختلطة نفسها مختصة بتقرير النفقة حتى بين الزوجين المتحدى الجنسية بصفة فرعية عند نظرها لنزاع أصلى اختلفت فيه جنسية المتنازعين . فتقدير النفقة وتحديدها اذن من اختصاصها وتطبق فى ذلك التشريع المختلط . أما صفة الأشخاص ككونهم أصولا أو فروعا أو أزواجا ، أو أزواج الأصول أو الفروع فيرجع فيه لقانون

---

(١) وخالفت ذلك أخيرا محكمة مصر الكلية بحكم استئنافى سأعود اليه فيما بعد .

(٢) اذ توجد آثار أخرى منها نقص أهلية المرأة المتزوجة وفقا لأغلب التشريعات الأوروبية ومنها الطاعة والاخلاص المتبادل وأخذ اسم الزوج وجنسيته فى أغلب الأحيان .

(٣) وذلك فى حكمها الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ السابق الاشارة اليه .

(٤) اذ فى هذه الأحوال تختص المحاكم المدنية لأنه لا تعارض هنا بين النصوص الدينية وأحكام الأحوال الشخصية ، أما فى حالة التعارض فنظرا لوجود المانع والمقتضى يقدم المانع .

الأحوال الشخصية (١) . وعلى العموم فانه عند اختلاف الجنسية يتبع فى العادة قانون المدين ، مع ملاحظة أن التزام النفقة فى كل الأحوال المنصوص عليها فى التشريع المدنى الأهلى وكذلك فى التشريع المدنى المختلط التزام متبادل ، وأنه لا مانع يمنع من وجود التزامات أخرى بالانفاق على الأقارب ، متى كانت مقررة بمقتضى قوانين الأحوال الشخصية التابع اليها المتنازعين (٢) .

٢٢٣ — وتكييف علاقة الزوجية يرجع فيه لقانون القاضى وفقا لنظرية Bartin ، وبناء على ذلك قضت المحاكم السويسرية بأن زواج الأجنبى بيابانية من الطبقات الدنيا ، ذلك الزواج المفروض انتهاؤه بمجرد رجوع الأجنبى الى بلاده ، يعتبر مع ذلك زواجا حقيقيا رغم التوقيت . وهذا الحكم مشكوك فيه فى فرنسا . وحكمت المحاكم المجرية بأن الزواج السوفيتى لا يعتبر زواجا حقيقيا نظرا لحرية الزوجين الواسعة فى الانفصال ، وخالفتها فى ذلك المحاكم الانجليزية (٣) . والعلة فى كل هذه الخلافات ظاهرة ، وهى أن التكييف يخضع لقانون القاضى .

٢٢٤ — ومما يتصل بالزواج فى البلاد الأوروبية العقد المسمى بمشارطة

---

(١) وفى فرنسا يجرون على تطبيق القانون الأجنبى للزوجين ولا يتدخل التشريع الفرنسى الا ضمانا للنظام العام ، كما اذا كانت النصوص الأجنبية غير كافية فى الوفاء بهذا الالتزام .

(٢) انظر Messina . ٢ . ١٥ وما بعدها والأحكام الكثيرة التى أشار اليها . وقارن حكم ٨ ابريل ١٩٢٦ م . ت . م . ٣٨ . ٣٤٠ .

(٣) وتجرى المحاكم الانجليزية على اعتبار الزواج الحاصل فى بلاد تبيح تعدد الزوجات باطلا ، ولكن اذا كان الزواج قد تم فى انجلترا بين مسلم ومسيحية ، أمام موثق رسمى وفقا للاجراءات المقررة هنالك فان الزواج صحيح ، اذ المفروض أن الزوج لن يعدد زوجاته ، ولا يباح الطلاق الا وفقا لمبادىء المسيحية ، فاذا تزوج هذا الزوج زوجة ثانية فى بلده الذى يبيح التعدد يعتبر فى نظر المحاكم الانجليزية أنه قد عدد زوجاته ، فيبطل زواجه ويصبح عقابه اذا وجد فى الأراضى الانجليزية . انظر Westlake . ٦٩ حيث أشار الى قضية شاب مصرى يدعى « نجيب » وهو مصرى مسلم متزوج من مصرية ، تركها فى مصر وذهب الى انجلترا حيث تزوج من انجليزية ثم اختلف معها فلم يطلقها وانما تزوج من انجليزية أخرى فحكم عليه بعقوبة لكونه عدد زوجاته مع اعتبار أن زواجه الأول بالمصرية باطل . انظر مؤلف أبى هيف بك . ٤٧٥ وقارن أيضا Westlake . ١٠٣ .

الزواج contrat de mariage . وهذ العقد يقصد به وضع تنظيم اتفاقى للعلائق المالية بين الزوجين . وحرية الزوجين فى الاختيار محدودة فى أنظمة معينة ، فان سكتا عن الاختيار اتبع النظام القانونى régime légal الذى يختلف باختلاف البلدان . وأهم أنظمة الزواج المالية المعروفة فى التشريعات هى (ا) نظام الاشتراك régime de communauté وهو النظام القانونى فى فرنسا ، و بمقتضاه يمتلك الزوجان على الشيوع كل الأموال المنقولة دون العقارات التى تبقى ملكا خالصا لكل منهما (ب) نظام الدوطة régime dotal و بمقتضاه تسلم الزوجة بعض أموالها الى الزوج لكى يستغلها ، فيباح له فى بعض الأحوال التصرف بطريق البيع (بالنسبة للمنقولات) مع الزامه برد قيمة هذه الأموال عند انتهاء الزوجية ، أما العقارات فالأصل أنها غير قابلة للتصرف و بالتالى غير قابلة للحجز (ج) نظام انفصال الأموال régime de séparation des biens و بمقتضاه تحتفظ الزوجة بكل أموالها مع الزامها بالاشتراك فى مصاريف المنزل بما لا يقل عن الثلث (د) نظام عدم الاشتراك régime de sans communauté و بمقتضاه لا تختلط أموال الزوجين بل تبقى منفصلة وانما للزوج الحق فى ادارة واستغلال أموال زوجته . فهذا النظام يختلف اذن عن نظام الانفصال فى أن هذا الأخير يبيح للزوجة التمتع بجزء من أهلية الادارة(١) .

وعلى العموم ، ففى جميع الأنظمة السالفة الذكر تفقد المرأة أهليتها فى التصرف والادارة كليا أو جزئيا ، وللزوج التصرف فى هذه الأموال فى حدود القانون(٢) . وليس للزوجة أن تتصرف حتى فى أموالها الحرة les biens propres الا بعد أخذ اذن من زوجها . وهذه الأنظمة كلها غير معروفة فى الشريعة

(١) انظر فى هذا الموضوع Bartin . ٢ . ٢٤٣ و Weiss . ٣ . ٦١٣ — ٦٥٣ و Valéry . ١١١٢ — ١١٣٨ و Makarov . ٣٧٢ — ٣٨٥ .

(٢) فيلزمه فى بعض الأحيان اذا باع بعض أموال الزوجة أن يشترى لها بثمنها أموالا أخرى Le Remploi انظر المواد ١٥٥٣ و ١٥٥٨ و ١٥٥٩ . م . ف بالنسبة لنظام الدوطة .

الاسلامية حيث يتمتع كل من الزوجين بكامل أهليتـه وبالانفصال التام فى أموالها[1] . ويعتبر النظام الاسلامى فى أوروبا المثـل الأعلى لجميع الأنظمة الأوروبية .

٢٢٥ — فما هو القانون الذى يحكم النظام المالى للزوجين ؟ من المتفق عليه أن تعاقد الزوجين فى هـذا الشأن ذو صبغة مالية ، وان كان موضوعه متصلا بالأحوال الشخصية كما رأينا عند تحليل المادة الرابعة مختلط ، وعلى هذا الأساس يجوز للزوجين أن يختارا قانونا أجنبيا خلاف قانون جنسيتهما ، وأيدت ذلك المحاكم المختلطة باطراد . ولكن يحصل أحيانا أن لا يفصح الزوجان صراحة عن اختيارهما لقانون معين ، فماذا يكون الحكم ؟ لا صعوبة فى الأمر اذا كان الزواج قد تم بين زوجين متحدى الجنسية ، اذ النظام الواجب الاتباع فى هـذه الحالة هو النظام القانونى régime légal فى تشريع جنسيتهما أو موطنهما على حسب الأحوال[2] ، أما اذا اختلفت جنسيتهما ففى الأمر خلاف ، فقال البعض بتطبيق قانون أو قوانين موقع الأموال أو بعبارة أخرى الأخذ بالنظام القانونى فى بلد موقع المـال ، وقد تتعدد الأموال وعلى ذلك تتعدد النظم القانونية التى تحكمها ، ومدار هذا الرأى الاستناد على فكرة السيادة ، ومن المعلوم أنه يصعب الأخذ بهذه الفكرة فى مصر نظرا لعدم وجود نظام مالى قانونى للزواج ، ولذلك لم يصادف هذا الرأى نجاحا عند المحاكم المختلطة . ووجد رأى ثان يقول بتطبيق قانون جنسية الزوج أو موطنه . وهذا الرأى مبناه أن النظام المالى للزوجين ، متعلق بالأحوال الشخصية وأن الغلبة فى مسائل الزواج هى لقانون الزوج . وقد أخذت تشريعات متعددة بهذا الرأى

---

(١) وتسير التشريعات الأوروبية فى هـذا الطريق ، كما أن القضاء يميل الى التضييق فى نطاق نقص أهلية المرأة المتزوجة فى حدود النصوص التشريعية . قارن Pillet-Niboyet . ٧٣٢ .

(٢) والمفروض هنا حصول المشارطة فى بلدهما ، فاذا تمت المشارطة فى الخارج أو كان للزوجين أو لأحدهما أموال فى الخارج فان الأمور تتعقد عند عدم الاتفاق صراحة على اتباع نظام معين كما هو مبين فى الصلب . أبو هيف بك . ٤٩٤ وما بعدها . وانظر أيضا محكمة اسكندرية المدنية المختلطة ٦ يونيه ١٩٣٥ . جازيت ١٦٠ . ١٤٧ .

وكذلك أقرته اتفاقية لاهاى (المادة ٢ — ١٩٠٥) وعملت به المحاكم المختلطة .
وهناك رأى ثالث يقول بالأخذ بارادة المتعاقدين المفترضة volonté présumée وهذا الرأى مبناه الحدس والتخمين [١] ، وأما الرأى الذى يقول به الكتاب الحديثون وله الغلبة فيقول بتطبيق قانون موطن الزوجية [٢] la loi du domicile matrimonial وهذا القانون ، فى الغالب ، قانون جنسية الزوج .

٢٣٦ — ويتبع فى شكل مشارطة الزواج قانون جنسية الزوجين اذا اتحدا فى الجنسية ، وقانون جنسية الزوج اذا اختلفا . وعلى أية الأحوال تعتبر مشارطة الزواج صحيحة من حيث الشكل اذا تمت وفقا لقانون محل ابرامها . فاذا حصلت مشارطة زواج بين أجنبيين أمام كاتب العقود فى المحكمة المختلطة فتعتبر صحيحة اذا كان قانون أحوالها الشخصية أو قانون الزوج يستلزم الشكل الرسمى . وحكم بأنه ولو كان مقرر الدوطة من جنسية أخرى خلاف جنسية الزوج يعتبر هذا العقد صحيحا شكلا اذا تم أمام قنصلية الزوج [٣] .

وتغير جنسية الزوج أو ديانته لا يمكن أن يؤثر فى الحقوق التى اكتسبتها الزوجة بمقتضى النظام المالى لأن هذه الحقوق مالية و بعيدة فى الأصل عن أن تكون متعلقة بالنظام العام [٤] .

٢٣٧ — ولكن هل يعتبر تقرير الدوطة constitution de dot تصرفا

---

(١) راجع مناقشة هذه الآراء فى قضية « ديانه » حكم محكمة اسكندرية المدنية المختلطة ٢٧ ابريل ١٩١٥ جازيت . ٥ . ١٤٠ وقد أشار اليه أبو هيف بك . ٥٠١ مع تحليل واف للقضية . وانظر أيضا ٢٣ مارس ١٩١٦ . جازيت . ٧ . ١٢٤ و ١٥ يونيه ١٩٢٦ . م . ت . م . ٣٨ . ٤٧٦ وراجع Valéry . ١١٢٧ وما بعدها و Weiss . ٣ . ٦٤١ .

(٢) انظر Bartin . ٢ . ١٥٤ .

(٣) أبو هيف بك . ٥٠٤ وهامش (٣) . وقد أخذت بهذا الحلول اتفاقية لاهاى ١٩٠٥ مع اعترافها ببعض الاستثناءات . انظر Makarov . ٣٧٨ . أما تفسير عقد مشارطة الزواج فمن اختصاص المحاكم العادية . محكمة اسكندرية المدنية المختلطة ١٨ ديسمبر ١٩١٥ . جازيت . ٦ : ٥٠ . وانظر أيضا ٢٢ يناير ١٩١٤ . م . ت م . ٢٦٠ . ١٧٩ .

(٤) انظر مع ذلك Valéry . ١١٣٥ .

تبرعيا أو بعوض ؟ وتظهر أهمية ذلك على الأخص بالنسبة لاشتراط الرسمية . من المقرر فى هـذا الصدد أنه يجب اتباع حكم قانون الجنسية ، أى قانون جنسية المقرر Constituant لأن المسألة هنا متعلقة بالتكييف اللاحق . وهذا ما اتبعته المحاكم المختلطة [1] ، فاذا قضى هذا القانون بأن تقرير الدوطة عمل تبرعى جرت عليه أحكام التبرعات ، اذ الواقع هنـا أن هذا الالتزام داخل ضمن الأحوال الشخصية فيخضع لقوانينها .

٢٢٨ — ذكرنا أن الأموال التى هى موضوع الدوطة لا تقبل التصرف ولا الحجز، فهل عدم قابليتها للتصرف أمر متعلق بالأحوال الشخصية أو بالأحوال العينية ؟

وأهمية هذا الخلاف تظهر بالنسبة للغير سواء كان هذا الغير مشتريا أو دائنا ، فهل لدائن الزوج أو الزوجة الحق فى حجز أموال الدوطة والتنفيذ عليها أو لا ؟ وكذلك ماذا يكون الحكم بالنسبة لمشترى العقار الذى هو موضوع الدوطة، أو من ارتهنها رهنا رسميا ؟ فاذا اعتبرنا عدم التصرف هذا متعلقا بالأحوال الشخصية ، أى خاضعا لحكم قانون الجنسية ضاعت حقوق الغير السالفين ، وقد يكونون حسنى النية ولم يرتكبوا خطأ ما يؤاخذون عليه ، اذ أن دفاتر التسجيل المصرية لا تحوى ما يشعر بأن هذا العقار ضمن أموال الدوطة ، وأنه محمل على هذا الوجه بعبء خاص وهو عدم التصرف فيه . أما اذا قلنا بأنه داخل ضمن الأحوال العينية ، فان حقوق الغير يحتفظ بها كاملة غير منتقصة وعلى هذا الوجه يمكن أن تستقر

---

(١) انظر ٢٢ ابريل سنة ١٩٢٠ م . ت . م . ٣٢ . ٢٨٧ . والقضية خاصة بالتزام الأب اليونانى بتقرير دوطة لابنته . ولقد أراد الأب التهرب من تقرير هـذه الدوطة فغير جنسيته وديانته فأصبح عثمانيا مسلما لكى يتخلص من هذا الالتزام . فقررت المحاكم المختلطة أن للبنت الحق فى رفع دعوى تعويض على الأب أمامها لأنه انتهك حقوقها المكتسبة ولكن ليس لهـا أن ترفع دعوى تقرير دوطة أمام المحاكم اليونانية . أى أن أساس دعواها أمام المحاكم المختلطة الفعل الضار لا الالتزام الشخصى بتقرير الدوطة . وقررت المحكمة أن هذا الالتزام فى القانون اليونانى لا يعتبر تبرعا .

الطمأنينة فى المعاملات .

وعند ما عرض الأمر على المحاكم المختلطة وجدت النصوص التشريعية خالية من أية اشارة فى هذا الصدد . ولذا اختلفت فيما بينها ، فمن الأحكام[١] ماقرر أن المنع من التصرف متعلق بالأحوال الشخصية لأنه من الأهلية ومن ثم يسرى فى مصر على العقارات التى هى موضوع الدوطة الموجودة فيها ، وذلك تطبيقا للمادة الرابعة المختلطة خصوصا وأن المشرع لم يأت بحكم استثنائى صريح يخرج أموال الدوطة من أحكام قوانين الأحوال الشخصية كما فعل فى المادة ٧٨ . م. م الفقرة الثانية . وجرت أحكام أخرى[٢] على القول بأن المنع من التصرف داخل ضمن الأحوال العينية لأنه يتعلق بحالة الأموال ، ومن ثم لا يعترف به فى مصر لأن الشارع المصرى لم يضع نصوصا منظمة له ، فلا مناص من اتباع القواعد العامة التى مقتضاها اعتبار العقارات خالية من الأعباء ، فيحق للزوجة التصرف باذن زوجها كما يحق للدائنين أن ينفذوا على هذه العقارات وفاء لديونهم . وجرى بعض الأحكام للتخلص من الصعوبات السالفة على القول بأن المسألة موضوعية وأن تعلق المنع بالأحوال الشخصية أو بالأحوال العينية يرجع فيه الى اتفاق الطرفين[٣] فالمسألة اذن محل خلاف كبير فى القضاء وان كان الراجح اتباع الرأى الثانى .

ويرى المرحوم أبوهيف بك[٤] أن النظام المالى للزوجين يدخل فى الأصل ضمن الأحوال الشخصية ، وعلى هذا الأساس يعتبر المنع من التصرف خاضعا لأحكام القوانين الشخصية ، ولكن لما كان تقرير الدوطة على عقارات مصرية من شأنه التأثير فى حقوق الغير فانه يلزم مبدئيا تسجيل هذه المشارطة فى مصر

---

(١) ٢٢ يناير ١٩١٤ م . ت . م . ٢٦ . ١٧٨ وابو هيف بك ٤٩٧ والأحكام التى أشار اليها .

(٢) اسكندرية المدنية ٣ نوفمبر ١٩١٤ جازيت . ١٥ وقد أشار اليه المرحوم أبو هيف بك و ٢ مايو ١٨٩٥ . م . ت . م . ٧ . ٢٨٢ .

(٣) انظر Clunet . ١٨٩٩ . ٣٤٧ .

(٤) مؤلفه . ٤٩٨ .

حتى تسرى على الغير بدون معارضة . و ينتهى الأستاذ الى وجوب فحص كل حالة على حدة لمعرفة من هو أحق بالحماية ، المرأة أو الغير .

وعندنا أن الصواب هو اعتبار المنع من التصرف متعلقا بالأحوال العينية ، لأن المسألة هنا مسألة تكييف ، ومن المعلوم أن تكييف الأموال وما يتعلق بها من حقوق عينية يرجع فيه الى قانون موقعها . وقانون الموقع هنا هو القانون المصرى . وهذا القانون لا يقر بوجود هذا العبء على العقارات المصرية ، فتسجيل عقد الدوطة أو عدم تسجيله لا يقدم ولا يؤخر ، كما أنه لا يؤثر فى الحقوق الموضوعية التى تكون قد ترتبت للغير حسن النية أو سيئها ، لأننا لسنا هنا فى مقام المفاضلة بين الغير بعضهم و بعضهم ، وانما نحن فى مقام احترام حق الغير بالنسبة للمالك (الزوجة) التى تريد الاستفادة من مزية يقررها قانون جنسيتها ، أو القانون الذى يحكم مشارطة الزواج الخاصة بها [١] .

وقد اشترطت المواد ٦ — ١٠ — ٢٠ / ٢٤ تجارى . ا . م . ضرورة [٢] علانية مشارطة الزواج المالية بين التجار فيتم تسجيل المشارطة الخاصة به فى دفتر خاص فى قلم كتاب المحكمة . ولا جدال فى فائدة هذه العلانية بالنسبة للمتعاملين مع التجار . ولكن اذا كان التاجر قد تزوج على نظام الدوطة ، فاعلان مشارطة زواجه لا يمكن أن يترتب عليه تقرير عدم التصرف على العقار للأسباب التى بيناها .

٢٢٩ — أما الرهن القانونى الذى تجيزه بعض التشريعات لمصلحة الزوجة على أموال زوجها فمن المتفق عليه فقها وقضاء [٣] أنه متعلق بالأحوال العينية لأن موضوعه تقرير حق عينى على وجه خاص غير معروف فى مصر ، وعلى ذلك لا يمكن الأخذ به . وظاهر أن هذه المسألة بدورها متعلقة بالتكييف فتخضع اذن

---

(١) قارن Arminjon . ٢ . ٤٠ .

(٢) فاذا أخل التاجر بهذا الواجب كان عرضة للحكم عليه اذا أفلس بأنه مدلس .

(٣) ومع ذلك فهنالك رأى مخالف لايعتد به . أبو هيف بك ٥٠٠ ورسالة زميلنا الدكتور وديع فرج السابق الاشارة اليها . ١٣٣ .

لقانون موقع المال .

٢٣٠ — وينتهى الزواج اما بوفاة أحد الزوجين أو ببطلانه لسبب من الأسباب المذكورة فى القانون الذى يحكم صحته دون أى سبب وارد فى قانون آخر ، وكذلك ينتهى الزواج بالطلاق . وقد اختلفت فى شأنه تشريعات الدول اختلافات كبيرة ، فبعضها لايجيزه أصلا كالتشريع الايطالى ،والبعض الآخر يجيزه لأسباب محدودة كالتشريعات اللاتينية الأخرى، و بعضها يجعله معقودا برغبة الزوج أو برغبة أحد الزوجين كما هى الحال فى الشريعة الاسلامية والتشريع السوفيتى . ومما يزيد مسألة الطلاق تعقيدا كثرة الزواج المختلط فى العهد الحاضر ، وصعوبة الوقوف على المحكمة المختصة بالنطق به ، وقيمة الحكم الصادر به فى مختلف البلاد ، ويضاف الى كل ما سبق ، ما يحصل فى بعض الأحيان من تغيير الجنسية أو الدين من جانب أحد الزوجين [١] .

٢٣١ — ويستفاد من مقارنة الشرائع فى هذا الصدد أن القانون الذى يصح بمقتضاه الطلاق اما أن يكون قانون جنسية الزوجين ، أو قانون موطن الزوجية ، أو قانون القاضى الذى رفع اليه الأمر باعتبار أن مسألة الطلاق متعلقة بالنظام العام [٢] . وهذه القوانين الثلاثة يصعب اتباع واحد منها دون الآخر ، لذلك جرى العمل على اتباع مذهب وسط ، مقتضاه تطبيق قانون جنسية الزوجين بشرط أن لا يتعارض مع قانون القاضى . فلا يمكن اذن بناء على ذلك طلب الطلاق من محكمة فى بلاد لا تجيزه أصلا ، لأن فى ذلك مخالفة للنظام العام فيها . وأقرت هذا الرأى اتفاقات لاهاى [٣] وقال به الفقه والقضاء فى فرنسا .

---

(١) انظر Makarov . ٣٨٦ وما بعدها. ورسالة Lucien Chéron باريس ١٩٣٤ وموضوعها « Les causes du divorce et de séparation de corps en D.I.P. » . ٢٦ — ٩٦ .

(٢) وهذا ما قال به Savigny وتجرى عليه التشريعات الانجلو أمريكية .

(٣) وتقرر المادة الخامسة من اتفاقية ١٩٠٢ أن طلب الطلاق يرفع اما الى المحكمة التى يشير بها قانون جنسية الزوجين أو محكمة موطن الزوجية . وتقرر المادة الأولى أن طلب الطلاق لا يكون مقبولا الا اذا كان جائزا وفقا لقانون جنسية الزوجين وقانون المحكمة المرفوع اليها النزاع . وأدخلت المادة الثالثة بعض التحفظات بقصد تغليب أحكام قانون الجنسية =

أما بالنسبة للقانون الذى يحكم أسباب الطلاق فمن المجمع عليه تقريبا اتباع النظام المختلط السابق مراعاة لفكرة النظام العام . ومن الملاحظ أن المحاكم الفرنسية قد أخذت بأسباب للطلاق مذكورة فى قانون الجنسية دون القانون الفرنسى [(١)] .

٢٣٢ — أما فى مصر فالقانون الذى يحكم حق الطلاق وأسبابه هو قانون جنسية الزوجين ، وحكمت بناء على ذلك المحاكم المختلطة بأن الطلاق الحاصل من فرنسى أمام القاضى الشرعى يعتبر باطلا [(٢)] ، ولو أن الزواج يصح عقده أمام نفس القاضى لأن اباحة عقد الزواج أو انهاءه وفقا للأوضاع المقررة فى الخارج يشترط فيه عدم مخالفة أحكام القانون الفرنسى . وحكم أيضا [(٣)] أن صحة الطلاق تخضع للقانون الذى يحكم الزواج وقت رفع دعوى الطلاق ، أى أنه لا عبرة بالتغيير الطارىء أما اذا كان الزوجان مصريين فيتبع حكم قانون الملة أو الديانة التابعين لها [(٤)] .

والأصل أن الجهة المختصة بنظر دعوى الطلاق هى الجهة التابع لها الزوجان جنسية أو ديانة على حسب الأحوال . على أنه اذا كان الزوج أجنبيا وتم الزواج وفقا للشكل الدينى ، فانه من الجائز أن يصدر حكم بابطال هذا الزواج

= فى بعض الأحيان . وكذلك جرت الاتفاقات على نفس الخطة بالنسبة لأسباب الطلاق . واتفاقات لاهاى بشأن الطلاق ما زالت نافذة بالنسبة لبعض الدول الأوروبية ، وهى أقلية .

(١) فأجازت المحاكم الفرنسية الطلاق بالرضا المتبادل ولو أن هذا السبب لا يقره التشريع الفرنسى بالنسبة لزواج الفرنسيين . وقارن نقض ٣٠ اكتوبر ١٩٠٥ . Clunet . ١٩٠٦ . ٤١٠ . وبالنسبة للاختلافات التشريعية فى أسباب الطلاق. انظر Bartin.. ٢ . ٣٠٠ — ٣٠٥ .

(٢) حكم محكمة مصر الابتدائية ٩ يونيه ١٩١٩ . جازيت ٩ : ١٧٠ وانظر Pillet-Niboyet . ٧٤٣ .

(٣) أول يونيه ١٨٩٧ . م . ت . م . ٩ . ٣٧٣ .

(٤) حكم محكمة اسكندرية الابتدائية ٦ يونيه ١٩٢٥ . جازيت ١٦ . ١٤٧ وحكم محكمة مصر الابتدائية المختلطة ٦ فبراير ١٩٢٨ جرنال المحاكم المختلطة . ٧ . رقم ٧٠٨ .

من الجهة الدينية التى عقدته . وهذا ما حكمت به محكمة مصر الابتدائية المختلطة[1] فى قضية فرنسى تزوج من أجنبية زواجا دينيا .

٢٣٣ — وكل ما تقدم اذا كان الزوجان متحدى الجنسية والديانة فان اختلفا فالمرجع لقانون جنسية الزوج أو ديانته باعتباره رئيسا للعائلة[2] ، وقد حكمت المحكمة المختلطة فى قضية البرنس جمال الدين بصحة الطلاق الحاصل منه لمطابقته لقانون موطن الزوجية الذى هو فى الواقع قانون جنسيته وديانته . هذا وتوجب بعض التشريعات الأوروبية تطبيق قانون موطن الزوجية . وتتبع المحاكم الفرنسية فى بعض الأحيان قانون من رفع الدعوى من الزوجين ، وهذا المسلك منتقد .

٢٣٤ — ولكن ما هو القانون الواجب التطبيق اذا غير الزوجان جنسيتهما ، أو غيرها واحد منهما فقط ؟ كان من الشائع فى أوروبا ، فى البلاد التى لا تجيز الطلاق ، أن يتجنس الزوجان بجنسية بلد تجيزه كسويسرا أو المجر ، أو

---

(١) ٩ يونيه ١٩١٩ . جازيت . ٩ . ١٧٠ وفى اعتقادنا أن هذا الحكم غير صحيح لأن الجهات الدينية فى مصر لها اختصاص فى التوثيق بالنسبة للأجانب فى مسائل الأحوال الشخصية ، واذ كنا قد أبحنا الزواج فى الشكل الدينى للأجانب باعتباره شكلا محليا فذلك لاعتبارات التسهيل . أما بطلان الزواج فهو مسألة موضوعية من اختصاص المحاكم القنصلية أو محاكم الأجنبي العادية خصوصا اذا راعينا أن الجهات الدينية هى جهات مصرية . قارن ٢٠ يونيه ١٨٩٤ . م . ت . م . ٦ . ٣٤٩ اذ يقرر أن المحاكم اليونانية وحدها هى المختصة دون أية جهة دينية أخرى بنظر كل الدعاوى الناشئة عن الزواج .

(٢) ومع ذلك فهذا الرأى ليس مقرا عليه بالاجماع اذ هناك من يفضل السماح بتطبيق قانون الزوجة اذا أرادت هى لمصلحتها ، وبذلك يمكنها أن تستفيد من الاحتفاظ بجنسيتها والا أصبح هذا الاحتفاظ بغير فائدة . كما أن هنالك بعض أحكام قالت بالرجوع الى قانون موطن الزوجية . انظر Pillet-Niboyet . ٧٤٩ والمراجع التى أشار اليها ، وانظر أيضا رسالة Edmond Aubry . ١٩٣٣ . وموضوعها "L'Incapacité de la femme mariée en D.I.P. Français" 65-99 .

أن يكتسبا صفة مواطنين فى مدينة Fiume ، فاذا استبعدنا فكرة الغش نحو القانون la fraude à la loi فان هذا الطلاق يقع صحيحا ، وتعترف به محاكم البلد التى نطقت به ، كما أن المحاكم الايطالية قد أجازته ، وترددت فى ذلك المحاكم الفرنسية [١] .

فاذا كان تغيير الجنسية أو الدين حاصلا من أحد الزوجين فقط ، فهل يسوغ الطلاق الذى يحرمه قانون جنسيته السابق ؟ أجازته المحاكم الفرنسية فى بعض الأحيان [٢] ولكن رأيها فى ذلك منتقد من رجال الفقه ، لذلك عدلت عنه فى أحوال كثيرة . وأساس الانتقاد أن عقد الزواج عقد تبادلى تترتب بمقتضاه حقوق لكل من الزوجين على الآخر لا مجرد آمال ، فلا يجوز لأحدهما أن يهدم هذه الحقوق المكتسبة بمجرد رغبته فى ذلك .

أما فى مصر فقد قضت المحاكم المختلطة بصحة الطلاق الحاصل من المسيحى اليونانى الذى أسلم وتجنس بالجنسية العثمانية ، ومع ذلك فقد قررت فى حكمها التعويض اللازم لزوجته . واباحتها الطلاق فى هذه الحالة انما يقوم على الأخذ بفكرة النظام العام ، اذ أن مصر بلد اسلامى يجب أن يتمتع فيه الزوج المسلم بكامل حقوقه . فالمسلم الذى يطلق زوجته لا تستحق لديه من التعويض سوى بقية مهرها ، أما اذا كان الزوج المسلم ، فى الأصل مسيحيا ، فيصح الطلاق الواقع منه مع الزامه بتعويض زوجته ، اذا كان هذا الطلاق أساسه سببا غير الأسباب التى وردت فى القانون الذى يحكم الزواج [٣] .

---

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٧٥٠ وكذلك رسالة Lucien Chéron السابق الاشارة اليها ٢١٧ — ٢٩٨ .

(٢) وكان ذلك فى القضية الشهيرة باسم Ferrari انظر رسالة L. Chéron . ٢٣٩ وما بعدها والأحكام الكثيرة التى أشار اليها فى ٢٤١ هامش (١) وكذلك Bartin . ٢٠ : ٣٠٥ — ٣١٠ . ومقال Droz . "De l'influence de la Convention de la Haye du 12 Juin 1902 sur la question du divorce en France" Clunet 1907 . 16 .

(٣) م . ت . م . ١٩ . ٢٨٧ وانظر أيضا حكما فى هذا الموضوع صادرا من محكمة تلا الجزئية ومنشورا فى المحاماة ١١ . ٨٧٣ وقد قضى باحترام الحقوق المكتسبة .

وفيما مضى كانت المحاكم الشرعية تقضى بالطلاق بين الزوجين غير المسلمين اذا اتفقا على اختصاصها ، أو اذا اختلفا ملة ، ولو كان الطلاق غير جائز بمقتضى قانون ملتهما أو ملة أحدهما . ولكن الأمر تغير بعد تعديل اللائحة الشرعية فى سنة ١٩٣١ ، منعا لما أثاره هذا المسلك من منازعات فيما مضى [١] .

٢٣٥ — فاذا تم الطلاق وقضى للزوجة المطلقة بالنفقة من المحكمة المختصة فان المبلغ المحكوم به غير ممتاز ، لعدم النص على ذلك فى حقوق الامتياز. وقد اتبعت المحاكم المختلطة [٢] هذا الرأى عند ما قضت بالنفقة ، وكذلك فى حالة ما اذا كان الحكم بها قد صدر من احدى جهات الأحوال الشخصية . ومن المقرر أنه وفقا للشريعة الاسلامية تمتاز نفقة الزوجة على سائر الديون الأخرى (المادة ١٩٧ من مجموعة الأحوال الشخصية) ، ولكن المحاكم المختلطة لم تقر هذا الامتياز ، اذ لم يرد ذكره ضمن حقوق الامتياز الواردة فى المادة ٧٢٧ م . م . وعندنا أن المسألة هنا متعلقة بالتكييف ، أى بتكييف الحقوق المقررة على أموال المدين المحجوز عليها ، فيؤخذ بقانون موقع المال وهو القانون المختلط . فالعلاقة كما هو ظاهر عينية ، وذلك رغم وجود أشخاص فيها [٣] ولكن الناحية العينية هى المتغلبة .

---

(١) وتقضى المادة ٩٩ معدلة أنه « لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

(٢) ٢٦ ديسمبر ١٩٠٠ . م . ت . م . ١٣ . ٧١ . ورسالة زميلنا الدكتور وديع فرج . ١٣٢ هامش (١) . وانظر أيضا ١٥ يناير ١٩٢٠ . م . ت . م . ٣٢ . ١٢٩ و١٩ يناير ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٥ . ٣٨٨ .

(٣) وقد رأينا أن حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ قد ذكر النفقة ضمن الأحوال العينية ، وذلك يخالف ما قضت به المحكمة من قبل فاذا تابعنا حكم النقض الأول الذى يقضى باعتبار النفقة ضمن الأحوال الشخصية فان مؤدى ذلك وجوب تطبيق قانون الأحوال الشخصية ، فاذا كان هذا القانون يقرر امتيازا للنفقات كالشريعة الاسلامية فهل يؤخذ به ؟ هذا ما لا نوافق عليه لأننا نعتبر أن النفقات داخلة ضمن الأحوال العينية لتعلقها بالنظام العام كما سبق أن أوضحناه . على أن مذهب محكمة النقض يقتضى منطقيا اعتبار حق الامتياز المقرر للنفقات نافذا فى مواجهة الدائنين الآخرين .

٢٣٦ — والعلائق بين الزوجين لا تقف عادة عند الحد السابق ، اذ من المعتاد أن يكون لهذين الزوجين أولاد ، ومن المحتمل أن تقوم منازعات بشأن بنوتهم أو بشأن أبوة الزوجين ، فالمسألة هنا متعلقة بثبوت النسب ، ومن المقرر أنها داخلة ضمن الأحوال الشخصية ، ولو أن ذكرها لم يرد فى النصوص التشريعية فما هو القانون الذى يحكمها ؟ من المتفق عليه فى مصر(١) أن هذا القانون هو القانون الشخصى للأب وقت الميلاد لأنه هو القانون الذى يحكم الزواج(٢) ، ولا عبرة بتغيير الجنسية اللاحق احتراما للحقوق المكتسبة . فاذا أباح هذا القانون جواز اثبات البنوة أو الأبوة وفقا للحالة الظاهرة possession d'état يجب الأخذ بها كدليل ، ولو لم يعترف بذلك قانون القاضى . وهذا ما قضت به المحاكم المختلطة باطراد(٣) . وظاهر أنه بالنسبة للمصريين يتبع قانون الديانة ، الذى تقوم بتطبيقه جهة الأحوال الشخصية المختصة . وقد ذكرت فيما مضى مدى تطبيق هذه المبادىء الدينية فى قضية هنرى سكاكينى . ومن الملاحظ أن المحاكم المختلطة لم تجعل هنا سبيلا لفكرة النظام العام فأخذت بأحكام الشرائع الأجنبية دائما ، وان خالفت الشريعة الاسلامية مخالفة صارخة(٤) ، لأن هذه

---

(١) وفى البلاد الأخرى ، خلاف مصر ، يتنازع قانون الأب قانون المحكمة المرفوع اليها النزاع ، وكذلك قانون محل ميلاد الولد . وقد فصل المشرع المصرى فى المسألة فأخضعها لقانون الجنسية بالنسبة للأجانب ، ولقانون الديانة بالنسبة للمصريين . انظر ١٥ مارس ١٩٠٥ . م . ت . م . ١٨ . ١٥٠ . أما اذا كان الولد طبيعيا فيحصل الاثبات وفقا لقانون الأم عادة . انظر Makarov . ٤١١ و Pillet-Niboyet . ٧٦٦ .

(٢) انظر Weiss . ٤ . ١ — ١٦٧ و Surville . ٤٦٦ — ٤٧٢ و Valéry . ١١٣٩ — ١١٦١ .

(٣) حكم ١٥ مارس ١٩٠٦ السابق الاشارة اليه وكذلك ٤ فبراير ١٩٠٩ م . ت . م . ٢١ . ١٥٨ و Messina . ٢ . ١٢ حيث يقرر وجوب الرجوع الى القانون الشخصى فى كل ما يتعلق بالعلائق بين الولد وأبيه ولو كانت العلاقة عن طريق التبنى أو خلافه .

(٤) وعلى ذلك من الممكن الاعتراف بالولد الطبيعى وبأحقيته فى الميراث حتى فى العقارات المصرية ، وكذلك بالولد المتبنى وبالولد غير الشرعى الذى ينقلب شرعيا باتباع اجراءات خاصة légitimation .

الشريعة ليست اقليمية فى الواقع ، ولأن أحكامها ترضى بترك غير المسلمين وما يدينون فيما له اتصال بالديانة ، لذلك كان من باب أولى أن تهمل المحاكم القنصلية النظام العام المصرى كل الاهمال ، اذ أن اتباع مبدأ شخصية القانون يضطرها الى سلوك هذا المسلك .

٢٣٧ — ومن المسائل الهامة التى تدخل ضمن الأحوال الشخصية مسألة الأهليـة ، وقد ورد النص بشأنها فى المواد ١٣٠ / ١٩٠ م . ا . م و ٤ . م . م فالأهلية المطلقة أو المقيدة تخضع لحكم قانون الجنسية بالنسبة للأجانب ، وقانون الديانة بالنسبة للمصريين . وقد بحثنا بعض أحكام الأهلية عند الكلام فى عقد الزواج ، ولكن نطاق الأهلية ليس محدودا بل شاملا ، فتنصرف الى كل أنواع التصرفات والأفعال القانونية . فما هو المراد بالأهلية ؟ الأهلية هى قدرة الشخص على التمتع بالحقوق والتصرف فيها والتحمل بالالتزامات . وظاهر أنها مختلفة عن الحالة ولو أنها متصلة بها [١] ، فالأهلية بنوعيها نتيجة لحالة الشخص المدنيـة ، فاذا كانت حالته تفيد أنه قاصر فان أهليته تتحدد بذلك . وعلى العكس اذا كان حالته تفيد أنه رشيد فان أهليته تكون كاملة مطلقة . ويتبين من التعريف السابق أن الأهلية اما أن تتعلق بالتمتع وتسمى بأهلية التمتع أو أهلية الوجوب capacité de jouissance ، ومعنى ذلك أن القانون يقر للشخص بقدرته على التمتع بحقوق معينة فالمجنون مثلا أهل للتمتع لأنه يصح أن يكون مالكا لعقار [٢] .. الخ وتخضع أهلية التمتع للقانون الاقليمى واما أن تتعلق بالتصرف

---

(١) وجدير بالذكر هنا أن مسائل الحالة لا تتصل عادة بالحقوق المالية مباشرة فثبوت صفة الزوجيـة لشخص أو صفة البنوة . . الخ لا يترتب عليه حتما ومباشرة الاعتراف له بحقوق مالية ، أما الأهلية فانها تتصل مباشرة بالأموال سواء للتمتع بها أو للتصرف فيها ، ومن هنا كانت قريبة كل القرب من الأحوال العينية رغم اتصالها الظاهر بالأحوال الشخصية . قارن رسالة Battifol . باريس ١٩٢٩ . ٤ وما بعدها .

(٢) والواقع أنه وفقا للقانون المصرى لا توجد مطلقا عدم أهلية تمتع بصفة عامة لأن معنى ذلك اقرار لمبدأ عدم المساواة بين المصريين . انظر Arminjon . ٢ . ٣٩ وما بعدها والسنهورى « النظرية العامة فى الالتزامات » . ٣١٥ .

و يطلق عليها أهلية التصرف capacité d'exercice، ومعنى ذلك أن القانون يعترف للشخص بحريته فى التصرف [١] حرية كاملة أو منتقصة على حسب الأحوال. فالبالغ له أن يبيع أمواله متى شاء، أما القاصر فبيعه يظل موقوفا على اذن وصيه، أو اجازته للتصرف بعد بلوغه. ومن المتفق عليه أن الشخص يعد أهلا الى أن يثبت العكس. وسن الرشد فى مصر هى ٢١ سنة بالنسبة لكل المصريين مسلمين أو غير مسلمين وفقا لقانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الخاص بانشاء المجالس الحسبية. وأما قبل هذه السن فيعتبر الشخص قاصرا، ولكنه اذا بلغ سن الثامنة عشر فان أهليته تكون مقيدة و يحق له القيام ببعض الأعمال التحفظية والأعمال المتعلقة بالادارة actes d'administration. فاذا عقد ناقص الأهلية عقدا، فهذا العقد باطل والبطلان هنا نسبى، كما نص على ذلك صراحة (١٣٢/١٩٢ م.١.م.).

هذا بالنسبة للمصريين أما بالنسبة للأجانب فتتبع فى أهليتهم الأحكام الواردة فى قانون جنسيتهم [٢]، و بناء على ذلك قضت المحاكم المختلطة ببطلان التعاقد الحاصل من أجنبى قاصر وفقا لقانون جنسيته، وان كان بالغا وفقا لقانون محل العقد، وطبقت هذا الحكم أيضا بالنسبة للأشخاص المعنوية. وهناك مسألة محل خلاف فى القضاء المختلط، وهى خاصة بالزوجات المصريات المعتنقات لملة الروم الارثوذكس Greco-Orthodoxe لكونهن من أصل يونانى، فكفالتهن لأزواجهن باطلة بمقتضى شريعتهن. وتقرر ذلك منذ زمن بعيد بقرار مجلس الشيوخ المعروف باسم Senatus consultum Vélleianum. فارتأى بعض المحاكم [٣] الحكم بالبطلان أى بعدم مسئولية الزوجة، ولكن البعض الآخر

---

(١) أى بحريته فى اكتساب الحقوق.

(٢) انظر ٨ مارس ١٩٢٣. م. ت. م. ٣٥. ٢٧٧. وأما أهليتهم فى التمتع فمنظمة بحسب نصوص الامتيازات عادة.

(٣) مصر الجزئية المختلطة ٣٠ نوفبر ١٩١٠. جازيت ٢. ١٥٨ وقد أورده المرحوم أبو هيف بك. ٤٢٣. وبالنسبة للزوجات الايطاليات. ٢ ديسمبر ١٩٢٠. م. ت. م. ٣٣. ٤٦. وكذلك ٦ يونيه ١٨٩٠. م. ت. م. ١١. ٢٦٩.

قضى بمسئوليتها (١) وذلك بجعلها ملزمة بدفع التعويضات . وظاهر أن أساس الحكم بالتعويض ليس العقد بل الفعل الضار ، وأن التعويض المحكوم به هو صحة الكفالة (٢) . ولقد كانت لهذه المسألة أهمية عملية كبرى فيما مضى ، لأنها كانت تشمل أيضا الزوجات اليونانيات قبل تعديل التشريع اليونانى وجعله تشريعا وضعيا فى مسائل الأحوال الشخصية . وكذلك اعتبرت المحاكم المختلطة نقص الأهلية الناشىء عن الزواج ، فالزوجة الفرنسية اذا تصرفت بطريق البيع فى أموالها الحرة بغير اذن زوجها فان تصرفها يعتبر باطلا .

ويخضع الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ، وكذلك من لا جنسية لهم لاختصاص المجالس الحسبية وفقا لنص المادة الثالثة من قانون سنة ١٩٢٥ الذى جعل اختصاص هذه المجالس شاملا لكل المتوطنين فى مصر . وخضوعهم لاختصاص المجالس الحسبية ليس معناه تطبيق الأحكام الشرعية عليهم بل تطبق المجالس الحسبية قانون جنسيتهم فيما يدخل فى اختصاصها (٣) . فاذا كان

---

(١) ٦ مايو ١٨٩٦ . م . ت . م . ٨ . ٢٦٨ و٢ مايو ١٨٩٥ . م . ت . م . ٧ . ٢٨٢ وبحث الأستاذ حلمى بهجت بدوى « آثار التصرفات الباطلة » المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٣ . ٣٨٣ .

(٢) ونقص الأهلية هذا معروف فى بعض التشريعات الأوروبية ، فقد عرفه التشريع الأسبانى . ولما عرض أمره أمام المحاكم الفرنسية احترمت هذه المحاكم مصالح رعاياها وقضت بأن المنع من الكفالة (وفى القضية كانت الكفالة عينية) انما يقرر عدم أهلية خاصة incapacité spéciale لا تتعدى حدود بلدها أسوة بما كان متبعا عند D'Argentré (انظر رسالة Battifol . السابق الاشارة اليها ١١٢ وما بعدها) . وعندى ان هذه الحجة يمكن الاعتماد عليها فى مصر من طريق القياس للقول بأن هذا المنع انما يسرى فقط فى حق طائفة الروم الأرثوذكس ، فاذا كان المتعامل من الغير التابعين لملة أخرى فلا يسرى عليه المنع ، لأن النظم شخصية ، فلا يؤخذ بالنظام بالنسبة لأشخاص خلاف التابعين له . قارن . ٦ مايو ١٨٩٦ . م . ت . م . ٨ . ٢٦٨ وقارن Arminjon . ٢ . حيث أشار الى نص المادة السابعة من التشريع الألمانى التى تشير بعدم اتباع حكم قانون الأحوال الشخصية فى مثل هذه الأحوال . وأبو هيف بك . ٤٢٧ . ورسالة Edmond Aubry . السابق الاشارة اليها . ١٧٣ .

(٣) ومعنى ذلك أنه يرجع الى قوانينهم الشخصية لمعرفة ما اذا كانوا قصرا أو بالغين =

الشخص بلا جنسية ، فى اعتقادى ، أن من الواجب تطبيق قانون ديانته .

والمجالس الحسبية هى السلطة المختصة بتعيين القوام والأوصياء فى حدود الاختصاص السابقة ، وقد نظم القانون الخاص بها طرقا لعلانية أحكامها ، وعلى الأخص ماتعلق منها بالحجر . ويضيق نطاق هذا السفر عن بحث التفصيلات الخاصة بآثار التصرفات الحاصلة بعد رفع دعوى الحجر وقبل صدور الحكم به على الشخص ، ولا التصرفات المصرح بها فى بعض الأحوال ، وغير ذلك من التفصيلات الهامة [1] .

٢٣٨ — وقد ورد بشأن الأهلية نص آخر هو نص المادة ٤/١٠ تجارى . ا . م . ويقرر أن الأشخاص الذين يبلغون سن الحادية والعشرين لهم الحق فى مزاولة الاتجار ، فان كانت سنهم ثمانية عشر عاما [2] وكانوا بالغين بمقتضى قانون أحوالهم الشخصية فحقهم فى الاتجار موقوف على أخذ اذن من المحكمة الابتدائية ، فان كانوا قصرا فلا يمكنهم مزاولة الاتجار الا بحسب الشروط الواردة فى قانون أحوالهم الشخصية . وهذه الشروط هى بالجملة الحصول على اذن من الولى أو من مجلس العائلة ، مع تقرير علانية هذا الاذن .

وايراد هذا النص فى التشريع المختلط النافذ على كل الموجودين فى

= فلا يعمل اذن هنا بقانون المجالس الحسبية بأن يعتبر الأجانب راشدين حتما فى سن الحادية والعشرين . ولكن يظهر ان هناك رأيا مخالفا لما تقول به قارن . الأستاذ الزينى . مذكرات . ٢٥٦ — ٢٥٧ .

(١) ويرجع الى مجموعة بسطوروس . ٢ . ٣٢٢ . حيث توجد نصوص القانون الخاص بالمجالس الحسبية وطائفة كبيرة من الأحكام فى الحجر وما يتعلق به .

(٢) فاذا كان الشخص فى سن أقل من الثامنة عشرة وكان قانون أحواله الشخصية يعتبره أهلا للاتجار كما هى الحال فى بلاد الحجاز مثلا ، فانه لا يصح له الاتجار فى مصر ، لأن نص المادة ٤ / ١٠ . م . ت . م . آمر من هذه الناحية . قارن الزينى . مذكرات . ٢٥٤ . وأبو هيف بك . ٥٨٠ . وعندنا أنه لا يسوغ لهؤلاء الأشخاص الاتجار حتى لو تحصلوا على اذن من المحكمة لأنها لا تملك اعطاء الاذن فى هذه الحالة .

الديار المصرية معناه استبعاد الأحكام الواردة بشأن الأهلية التجارية فى القوانين الشخصية فيما عدا ما استثنى صراحة فى نهاية المادة المختلطة . فالقاعدة اذن الواردة فى النص قاعدة موضوعية منظمة لشروط الاتجار وليست قاعدة اسناد ، لذلك كانت ملزمة فيما أتت به من أحكام ، وان خالفت ما تقرر فى تشريع الأحوال الشخصية للأجنبى . ويترتب على ماتقدم أنه اذا كان فى قانون الأجنبى يحدد سن الخامسة والعشرين مثلا لكى يعتبر الشخص أهلا فانه يعمل بهذا النص فى مصر بالنسبة لتصرفاته العائلية والمدنية ، أما التصرفات التجارية فله مزاولتها ابتداء من سن الحادية والعشرين عملا بالنص المختلط .

ولقد أصبحت هذه المادة عاطلة عن التطبيق بالنسبة للمصريين لأن سن الرشد قد ارتفع من ١٨ الى ٢١ سنة وليس لمن بلغ هذه السن الأخيرة أن يطلب اذنا من المحكمة ؟ أما اذا كان دون الثامنة عشرة فهو محروم أصلا من الاتجار بمقتضى قانون سنة ١٩٢٥ (١) . ويظل النص المختلط جائز التطبيق بالنسبة للأجانب الذين يقرر قانون أحوالهم الشخصية سنا للرشد متراوحة بين ١٨ و ٢١ سنة . فهؤلاء الأشخاص لابد لهم من أخذ اذن من المحكمة ، أما اذا كانوا قصرا ، وفقا لقانون أحوالهم الشخصية أيضا، فيكتفى باستيفاء الشروط التى يستلزمها هذا القانون للاتجار ، ولا حاجة هنا لأخذ اذن اضافى من المحكمة الابتدائية كما قال بذلك الأستاذ الزينى (٢) ، لأن استيفاء هذه الاجراءات يقوم مقام الاذن .

(١) أما اذا كانت سنه فوق الثامنة عشرة فيمكنه الاتجار اذا أخذنا اذنا من المجلس الحسبي وكان تحت الوصاية . فاذا كان فى الولاية فيكتفى باذن وليه ، الا اذا قام اعتراض من المجلس الحسبي بناء على طلب النيابة بأن كان الوالد قد أسرف فى استعمال سلطته . وفى كلتا الحالتين لم يستلزم المشرع أخذ اذن من المحكمة .

(٢) انظر مذكراته . ٢٥٤ حيث يقرر أن استيفاء الشروط المقررة فى القانون الأجنبي يجعل القاصر فى مركز البالغ ، وهذا الأخير لا بد له هنا من اذن المحكمة الابتدائية لكى يمكنه الاتجار. وهذه الحجة منطقية بحتة ، وهذا هو عيبها ، لأن المقصود هو حماية القاصر وعدم السماح له بالاتجار الا عند استيفاء شروط معينة ، وقد اعتبر المشرع من باب القرينة القانونية القاطعة أن الشروط الواردة فى قانون الأحوال الشخصية للقاصر كافية فلم يستلزم علاوة عليها ضرورة الحصول على اذن المحكمة ، والا كانت الحماية مزدوجة ولا مبرر يدعو لذلك .

اذ المطلوب هو حماية الأشخاص الذين هم دون سن الحادية والعشرين ، وان كانوا بالغين طبقا لقانون أحوالهم الشخصية ، وذلك نظرا لخطورة الأعمال التجارية ، فاستلزم المشرع اذن المحكمة ، لأنه اعتبر من باب القرينة القانونية القاطعة أن الشخص دون الحادية والعشرين غير أهل للاتجار ، وان كان قانون أحواله الشخصية يبيح له ذلك . ولكنه اذا كان قاصرا وأباح له قانونه ، مع ذلك ، الاتجار بشروط ، فان هذه الشروط تقوم مقام اذن المحكمة [1] . وهذا ما قرره قانون المجالس الحسبية اذ أباح للمجلس اعطاء الاذن بالاتجار لمن كانت سنه فوق الثامنة عشرة دون حاجة للالتجاء الى المحكمة .

ومحل الصعوبة الحقيقية فى الموضوع أنه قد لا يمكن فى بعض الأحوال ، فى مصر ، تحقيق الشروط التى يستلزمها القانون الأجنبى للسماح للقاصر بالاتجار ، وعلى الأخص ما تعلق منها بالعلانية . ويمكن تقسيم هذه الشروط الى قسمين . الأول وهو خاص بالموضوع ، ومضمونه أخذ الاذن من الولى أو الوصى أو مجلس العائلة . . الخ . الثانى وهو خاص بالاجراءات ، وموضوعه كيفية تقرير علانية هذا الاذن بعد الحصول عليه . ومجموع هذه الشروط يطلق عليه علماء القانون الدولى الخاص اصطلاح الاجراءات المكملة للأهلية Les formes habilitantes . والقسم الأول منها متفق على خضوعه لقانون جنسية الشخص لأنه هو القانون الذى يحكم أهليته ، أما القسم الثانى فيخضع لقانون القاضى وهو هنا قانون الجهة التى يحصل فيها الاتجار ، وذلك لسببين (ا) أن الأمر متعلق بالاجراءات ومن المقرر أن مسائل المرافعات تخضع لقانون القاضى (ب) أنه لا يمكن تحقيق الأغراض المطلوبة من العلانية اذا استوفيت فقط فى بلد الشخص [2] . وعلى ذلك يجب اعلان الاذن السالف الذكر فى دائرة المحكمة التجارية المختلطة .

---

(١) انظر مؤلفنا . ١٨٥ . هامش (١) .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٦٨٠ — ٦٨٤ و Arminjon المجلة . ١٩٢٥ . ٤٩٥ . وراجع فى صعوبة التفرقة بين هذين القسمين Lairé . ٢ . ١٩٣ وما بعدها .

وأوجه الأنظار بهذه المناسبة الى أن المشرع المصرى فى القانونين الأهلى والمختلط لم ينظم طرقا لعلانية هـذا الاذن . وقد تم التنظيم أخيرا بمقتضى قانون السجل التجارى الذى وضع موضع التنفيذ ابتداء من ٢٥ يناير سنة ١٩٣٥ .

وأهلية النساء للاتجار تخضع لقانون أحوالهن الشخصية وفقا للمادة ٥/ ١١ ت.ا.م . فاذا كانت المرأة متزوجة فأهليتها ستقيد بالزواج ، أى أنه يتحتم فى هذه الحالة غالبا أخذ اذن زوجها علاوة على الشروط الأخرى الواردة فى المادة ١٠ ت.م. واذا كان زوجها تاجرا فلا بد من اعلان مشارطة الزواج ، أما اذا كانت مشتغلة بالاتجار قبل الزواج أو كانت غير متزوجة فان أهليتها للاتجار يرجع فيها الى المادة ١٠ تجارى مختلط [١] .

٢٣٩ — فالأصل أن كل ما يتعلق بالأهلية خاضـع لقانون الأحوال الشخصية سواء كان موضوع التصرف عقارا أو منقولا ، وسواء تعلق التصرف بالأحوال العائلية أو بالأحوال المالية .

٢٤٠ — على أن هذا المبدأ يحتمل مع ذلك بعض الاستثناءات نلخصها فيما يلى :

أولا : استثناءات أساسها تطبيق قواعد التـكييف والاحالة : و بيان ذلك أن تطبيق قواعد التـكييف الوطنية قد يؤدى الى القول بأن ما يدخل فى مسائل الأهلية وفقا للتشريعات الأجنبية يعتبر متعلقا بالشكل وفقا لقانون القاضى ، كما رأينا فى وصية الهولندى وطلاق الـكندى ، وكذلك ما يعتـبر ضمن الأحوال الشخصية وفقا للتشريع الأجنبى قد يعتبر ضمن الأحوال العينية وفقا لقـانون القـاضى ولا سيا اذا تعلق التصرف بعقار (وكذلك المواريث [٢]) . كما أن الأخذ بالاحالة يؤدى عادة الى عدم اتبـاع حكم قانون الجنسية فى مسألة الأهلية والأخذ بقانون الموطن .

---

(١) أبو هيف بك . ٥٨٢ ورسالة Edmond Aubry السابق الاشارة اليها . ١٤٦ .

(٢) رسالة Battifol . ١٠٩ وما بعدها .

ثانيا : استثناءات أساسها وجود نصوص موضوعيـة اقليمية : فاذا رجعنا مثلا الى المادة ١٣١ / ١٩١ . م . ا . م . نجـدها تقرر الزام القاصر برد المنفعة التى اسـتولى عليها . فهو اذن أهل للالتزام وان كان الظـاهر أن رد المنفعـة المذكورة أساسه التزام ناشىء عن سبب آخر مختلف عن العقد ، وذلك تطبيقـا لمبدأ عدم الاثراء بلا سبب ، أى أن الالتزام هنا ناشىء عن فعل ، والقاعدة فى هذه الالتزامات أنها تخضع لقانون محلها loi locale[1] . وفى النهاية فان التمسك بنقص الأهلية هو من شأن القاصر لا من شأن العاقد الآخر .

ومن الجهة الأخرى فقد نصت المادة ٣٣٦ / ٤١٩ م . ا .م. على عدم جواز فسخ البيع بسبب الغبن ولو كان المبيع عقـارا مملوكا لقاصر . والجائز هنا فقط هو طلب تكملة الثمن فى خلال سنتين بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته ، فهذه النصوص عامة التطبيق بغض النظر عمـا يوجد مخالفا لهـا فى قوانين الأحوال الشخصية للمتعاقدين [2] كما لاننسى أيضا الاشارة الى المـادة ٢٥٤ / ٣٢٠ مدنى بشأن بيع المريض مرض الموت اذ حكمها عام . ومفروض أن بطلان التصرف فى هذه الحالة لا يقصد به حماية المريض وان المقصود هو حماية مصلحة الورثة والدائنين ، فالنص بعيد عن أن يتعلق بالأهلية[3] .

ويدخل ضمن هـذه النصوص ما تعلق منها بالنظام العام كالنصوص المانعة للرق مثلا .

ولـكن لما كان هذا الاستثناء شاملا لمسائل الأهلية وغيرها لذلك سنعالجه

---

(١) كذلك نلفت النظر بهذه المناسبة الى المواد ١٦٦/٢٢٨/١٢٣٨ م . ا . م . فرنسى فهى تجيز الوفاء من القاصر بدينه فى بعض الأحوال . راجع فيما بعد تطبيق القانون المحلى .

(٢) وظاهر أنها نصوص موضوعية مقيدة لتطبيق قاعدة الاسناد الواردة فى المادة ١٩٠ . م . م .

(٣) ومن المتفق عليه أن أحكام المادتين ٣٢١ ، ٣٢٢ . م . م . لا تسريان على الأجانب بل يجب هنا تطبيق أحكام القوانين الأجنبية فى هذا الصدد .

فى مبحث على حدة .

ولقد تقرر بعض هذه الاستثناءات بنصوص تشريعية فى بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الألمانى ، وكذلك التشريع السويسرى .

وهناك استثناءات أخرى تمنع من الأخذ بأحكام القوانين الأجنبية فى مسألة الأهلية ، وسنتكلم عنها بمناسبة القيود التى ترد على تطبيق القانون الأجنبى على العموم .

٢٤١ — ولا شك فى أن تعدد هذه الاستثناءات من شأنه أن يقلل من أهمية المبدأ الوارد فى المادة ١٣٠ / ١٩٩ . م . ا . م . وفى ذلك ما يدعو الى التفكير فيما اذا كان من الأولى اتباع حكم قانون الوطن فيما يتعلق بمسائل الأهلية ، وعلى الأخص عند ما تكون التصرفات القانونية متعلقة بعلائق مالية ، لاعائلية ، اذ لاتوجد فى هذه الأحوال الأسباب التى تدعو الى ضرورة احترام حكم القانون الأجنبى . هذا هو ما تميل اليه الافكار الحديثة فى فرنسا [1] وخصوصا بعد أن كثرت هجرة الاجانب اليها ، ولقد رأينا أنه وفقا للكثير من نظريات العلماء فى تنازع القوانين تخضع الأهلية لحكم قانون الوطن [2] .

٢٤٢ — وقد ذكرت المادة الرابعة مسائل المواريث ضمن المسائل التى تدخل فى اختصاص قاضى الاحوال الشخصية فأخضعتها لنفس القاضى وبالتالى لنفس القانون ، نظرا للارتباط المعروف بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى فى مصر . ووردت النصوص التشريعية ظاهرة فى هذا المعنى ، فتقول المادة ٥٤ م . ا . بأن الحكم فى المواريث يكون على حسب المقرر فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى d'après le statut personnel du défunt . ويلاحظ على النسخة الفرنسية أنها استعملت اصطلاح statut personnel ، وقصدت به قانون الاحوال الشخصية الدينى ، وهواستعمال

---

(١) دروس Lévy-Ullmann . الليسانس . ١٩٣٥ . ١٢١ .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٧٠٢ .

مأخوذ عن الفقه والقضاء الفرنسيين اذ يقصد به الاشارة الى القوانين المتعلقة بالأشخاص عند ما تتنازع بعضها مع بعض . ولكن نص المادة ٥٤ مكمل بنصوص أخرى كنص المادة ١٨ من الخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ وبالنصوص المصرية اللاحقة التى جعلت اختصاص جهات الأحوال الشخصية لغير المسلمين فى مسائل المواريث معقود باتفاق الورثة [١] ، هذا اذا توفى المورث دون أن يترك وصية ينظم فيها توزيع تركته كلها ، فان ترك وصية اتبعت أحكامها وفقا للمقرر فى قانون أحواله الشخصية (٥٥ م . ا) . فاذا لم يحصل الاتفاق بين الورثة فان الجهة المختصة تكون المحاكم الشرعية التى توزع التركة وفقا لقواعد الشريعة الغراء . ومن المعلوم أنه بمقتضى قواعد هذه الأخيرة ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، وفى وجود هذه القاعدة تشجيع للذكور من الورثة على عدم الاتفاق رغبة فى الاستفادة من النص الشرعى . ولقد اضطر بعض البطركيات حبا فى الاحتفاظ بالاختصاص فى مسائل المواريث [٢] أن يأخذ بالقاعدة السابقة فى المواريث ، ولقد ساعد على ذلك عدم وجود تشريعات كاملة متبعة عند هذه الطوائف . وهذا هو الرأى المتفق عليه علما وعملا وان كان البعض يخالفه ويقول بالاختصاص الحتمى دائما لجهات الأحوال الشخصية لغير المسلمين [٣] . ووفقا للمشروع الأخير الخاص بالطوائف غير الإسلامية سيصبح الفصل فى مسائل المواريث من اختصاص المحاكم الأهلية دون المحاكم الشرعية ، وذلك لما

(١) وعملا توزع تركات المصريين على اختلاف مللهم ودياناتهم وفقا لأحكام الشريعة الغراء غالبا .

(٢) ولا شك فى أن للبطركية منفعة فى الاحتفاظ بالاختصاص لما يجره ذلك عليها من منافع مختلفة من رسوم قضائية وغيرها .

(٣) انظر كلمة فى هذا المعنى للأستاذ عزيز خانكى منشورة بمجلة المحاماة السنة السابعة . ٩٤٤ وانظر عكس ذلك ٢٧ يناير ١٩٢١ . م . ت . م . ٣٣ . ١٦٣ . ٩ فبراير ١٩٢٦ م . ت . م . ٣٨ . ٢٢٠ . ٢٦ ابريل ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٣٦٣ و ٤ ابريل ١٩٣٣ . م . ت . ٤٥ . ٢٢٧ وحكم محكمة مصر الشرعية ٢٢ ابريل ١٩٣٥ — المجلة ١٠٦٥ والأحكام المشار اليها فى مرجع القضاء ملحق . ١١٢٠ .

للمواريث من صبغة مالية ظاهرة [١] .

٢٤٣ — هـذا بالنسبة للمصريين أما بالنسبة للأجانب فظاهر فى المادة ٧٧ م . م . [٢] أن المواريث تخضع لقانون جنسية المتوفى سواء كان الميراث متعلقا بمنقولات أو بعقارات ، شأنها فى ذلك شأن المسائل الداخلة فى نطاق الأحوال الشخصية ، فلم هـذا التوسع فى تطبيق قانون الجنسية ؟ ربما قيل ان القاعدة التى أوردها المشرع المصرى بشأن المواريث لها نظير فى بعض التشريعات الأخرى كالقانون الايطالى مثلا ، فأخذها عنه مخالفا بذلك التشريع الفرنسى الذى اعتاد أن يتأثر بأحكامه . ولكننا نعتقد مع ذلك أن علة التوسع ترجع فى أساسها الى نظام الامتيازات ، وما زال قائما فى مصر . و بيان ذلك أنه بمقتضى الامتيازات استولت المحاكم القنصلية — وهى محاكم زمنية — على الاختصاص الذى كان يتمتع به الرؤساء الدينيون الكتابيون فيما مضى وفقا لأحكام الشريعة الغراء ، وذلك فى الحكم فى المنازعات التى تنجم بين أفراد طوائفهم (وهم أجانب) سواء تعلقت بأحوال شخصية أو عينية أو جرائم فى حق أنفسهم ، أما غير المسلمين من المصريين فظلوا خاضعين لرؤسائهم الدينيين ، ولم ينتقل الاختصاص بشأنهم الى المحاكم القنصلية لأنهم ليسوا أجانب . ولم يكن فى مقدور المشرع سنة ١٨٧٥ أن ينزع هذا الاختصاص برمته دفعة واحدة بل وقف عند حد التشريع المختلط

---

(١) وقد رأينا أن المشرع الفرنسى قد نظر الى المواريث باعتبارها سببا من أسباب الملكية ، واعتبرها القضاء ملحقة بالأحوال العينية فيما يتعلق بالعقارات .

(٢) وان كان النص قد قرر « قانون الأمة » اذ من المعلوم ان وضع النص على هذا الشكل قد أتى على نمط التشريع الايطالى الذى تأثر بنظرية Mancini فالمراد اذن قانون الدولة التابع لها المتوفى أى قانون جنسيته انظر م . ت . م . ٤٣ . ١٤٣ وم . ت . م . ٤٧ . ٥٧ ، ٣٤٤ حيث أخذ بقانون الجنسية . وغنى عن الذكر أن المشرع المصرى قد خالف هنا المشرع الفرنسى وكذلك القضاء الفرنسى الأول بالنسبة للعقارات (المادة ٢/٣ مفسرة على هذا النحو) والثانى بالنسبة للمنقولات ، لأن قاعدة ميراث المنقولات تخضع لقانون موطن المتوفى قاعدة تقررت فى القضاء الفرنسى ولم يرد بشأنها نص تشريعى مطلقا . انظر رسالة André Tiran وموضوعها «Les successions testamentaires en D. I. P.» ١٩٣٢ . ١١٠ ومابعدها ، وقارن Messina . ٢ . ٧٧ .

الذى صدر باتفاق الدول وأتت نصوصه مقصورة على العلائق المالية وأسقطت منها مسائل المواريث ، وتبعه فى ذلك التشريع الأهلى فيما بعد سنة ١٨٨٣ . ولقد صدرت مجموعة الأحوال الشخصية [(١)] وألحقت بها المواريث فى كتاب على حدة ، ونرى فى هذا تأكيدا لما نقول به من أن مسائل المواريث خارجة بطبيعتها عن الأحوال الشخصية ، وان كان المشرع المصرى قد جعلها من اختصاص المحاكم الشرعية بحسب الأصل والمجالس الملية عند اتفاق الورثة اذا كانوا من ملة واحدة ، كما أنه أخضعها لحكم قانون الديانة بالنسبة للمصريين ، وقانون الجنسية بالنسبة للأجانب . وعلى ذلك يمكننا القول فى النهاية بأنه كان من مقتضى الامتيازات الأجنبية اعطاء الأحوال الشخصية فى مصر وغيرها من بلاد الامتيازات كالجزائر ومراكش وتونس وتركيا فيما مضى معنى واسعا شملت به المواريث . وما زال هذا المعنى الواسع مأخوذا به فى بلاد شمال أفريقيا رغم الغاء الامتيازات فيها وحلول المحاكم الفرنسية الزمنية محل المحاكم الدينية القديمة ، فتفسر المحاكم الفرنسية الأحوال الشخصية تفسيرا شاملا للمواريث وفقا لما كان متبعا من قبل (عهد الامتيازات) . ويعلل الشراح الفرنسيون هذا المسلك بأن الحكومة الفرنسية لم تر من الملائم أن تهدم النظام الماضى طفرة واحدة فاستبقت محتويات الأحوال الشخصية كما هى مرضاة للدول ، اذ تطبق عليها قوانين جنسية الأفراد [(٢)] .

ويتبين مما تقدم أن فرنسا وقد ألغت الامتيازات فى شمال أفريقيا باتفاقها مع الدول ، لم تقدم على المساس بالأحوال الشخصية ، بأن تجعلها محدودة فى نطاقها الطبيعى المعتاد ، فمن المعقول اذن أن ينهج المشرع المصرى نفس المنهج

---

(١) وأقصد المجموعة المعروفة باسم قدرى باشا . ولقد أصدرتها الحكومة المصرية بناء على تعهدها بذلك للدول الأجنبية . ونصوصها ليست ملزمة لأنه ليس لها قوة القانون . فصدورها يقصد به علانية الأحكام الفرعية فحسب .

(٢) انظر مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » السالف الاشارة اليه . ٧٩٥ .

وهو مقيد بقيود الامتيازات .

والخلاصة أن مسائل المواريث تخضع بالنسبة للمصريين لقانون ملة المتوفى [١] بالتفصيل السابق ، وبالنسبة للأجانب لقانون الجنسية ، فلا عبرة اذن بجنسية الوارث أو ديانته اذا اختلفت [٢] .

٢٤٤ — وقد كان اتباع المشرع لقانون الجنسية على اطلاقه فى مسائل المواريث سببا فى تطبيق نظرية الاحالة لأن القوانين الأخرى تحيل أحيانا على القانون المصرى باعتباره قانون موقع العقارات ، ومعلوم أن القانون المصرى يحيل بدوره على قانون جنسية المتوفى ، وعرفنا أن هذه الاحالة الثانية يطلق عليها التفويض ، لأننا فى بلد نظامه القانونى مركب [٣] .

ورغم أن مسائل المواريث تخضع فى الأصل لاختصاص قاضى الأحوال الشخصية [٤] ، فانه قد قام الخلاف على تحديد ما يدخل منها فى اختصاص

---

(١) ويلزم أن نشير هنا الى أنه وفقا للقاعدة الشرعية تؤول تركة من لا وارث له الى بيت المال سواء كان المتوفى مسلما أو ذميا ، ولكن هذه القاعدة الشرعية غير مطبقة عملا بالنسبة للطوائف غير الاسلامية وكذلك بالنسبة للأجانب الذين يتوفون بغير ورثة اذ تستولى جهتهم الشخصية أو حكوماتهم على تركاتهم . وهذا الحكم غريب . انظر بحث الأستاذ أحمد ابراهيم بك وكيل كلية الحقوق . المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ١ . ٥٢ — ٥٣ .

(٢) انظر حكم استئناف أهلى مصر ٢ مايو ١٩٣٢ و ٢٨ مايو ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٤ . ٤٢١ .

(٣) انظر ٩ مارس ١٩٠٥ . م.ت.م. ١٨ . ١٨٥ و ٢٨ مايو ١٩٣١ . م.ت.م. ٤٤ — ٤٢١ و ٦ ديسمبر ١٩٣٢ . م . ت . م . ٤٥ . ٥٧ و ٢٩ نوفمبر ١٩٣٣ م . ت . م . ٤٦ . ٥٦ و ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ . م . ت . م . ٤٦ . ٩٢ و ١٣ يونيه ١٩٣٤ . م . ت . م . ٤٦ . ٣٣١ .

(٤) ومن المسائل التى أثارت خلافات كثيرة أمام القضاء الشرعى ، على الأخص ، مسألة اختلاف الدارين وهل يعتبر مانعا من الارث فى الوقت الحاضر أو لا ؟ وتظهر أهمية هذا البحث بالنسبة للمصريين غير المسلمين الذين لهم أقارب مقيمون فى الخارج وينتسبون أحيانا الى دول أجنبية ، فهل يوجد هنا اختلاف الدارين بالمعنى الشرعى فيمنع من التوارث بينهم ؟ قرر بعض الأحكام انه لا يوجد اختلاف دارين الآن ، لأن الحال الموجودة بين الدول العصمة فيها باقية غير منتفية ولا منقطعة لأن القانون الدولى العام والمعاهدات بين الدول أوجبت العصمة فى حال السلم للمال والدم ومنعت الحرب . والحال كذلك بين مصر وباقى البلدان (محكمة مصر الابتدائية =

المحاكم المدنية باعتبار أن موضوعه علائق مالية ، كقسمة الأموال الموروثة[١] .

هذا وقد استثنت المادة ٥٤/٧٧ م . ا . م . حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة ، فقررت أنه تتبع فيه أحكام الشريعة المحلية la loi locale . فما هى الشريعة المحلية فى بلد ذى نظام قانونى مركب ؟ قال المرحوم فتحى باشا ان المراد بها الشريعة الاسلامية ، وعندنا أنه لتفسير هذا النص يجب الرجوع الى نص المادة ١٨ م . ا . ، المكملة له ، ويستفاد منه أن المقصود من ارث حق الانتفاع فى الأموال الموقوفة هو ذلك الارث الذى ورد ذكره فى لائحة ٧ صفرسنة ١٢٨٤ والخاص بالعقد المسمى بعقد الايجارتين .

٢٤٥ — وتتبع التشريعات الأخرى فى مسائل المواريث عادة قانون موقع العقارات ، وقانون موطن المتوفى بالنسبة للمنقول بغض النظر عن موقعه

= الشرعية ٢٦ مايو ١٩٣٣ وأشار اليه الأستاذ عزيز خانكى المحامى فى بحثه اختلاف الدارين المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٦ . ٧٣٣) وكذلك أخذت بنفس الرأى محكمة الاستئناف المختلطة فأباحت لانجليز أن يرثوا من قريبتهم المصرية جنسية والانجليزية الأصل ، وكانت مقيمة فى مصر حيث توفيت فيها . وقررت المحكمة فى حكمها أن اختلاف الجنسية واختلاف الدارين ليسا من موانع الارث بين رعايا دولتين ، اذا كان بين البلدين تناصر وتعاون وولاية (قضية البرنس جمال الدين السابق الاشارة اليها) وتأيد هذا الحكم بآخر فى ١٧ ابريل ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٣٠٨ . ومع ذلك فهناك أحكام شرعية تقضى على خلافه ، منها أخيرا حكم محكمة مصر الشرعية الصادر فى ١٢ مارس ١٩٣٤ وأشار اليه الأستاذ عزيز خانكى فى بحثه السابق ٧٣٤٠ . والظاهر أن العمل بالرأى القائل أن لا توارث لمجرد اختلاف الجنسية فيه ضرر محقق فضلا عن مخالفته لحكمة التشريع الاسلامى ولروح القوانين الدولية . عزيز خانكى المرجع السابق ٧٠١ ، وبحث الأستاذ أحمد ابراهيم بك وكيل كلية الحقوق المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، حيث يقرر وجوب اعتبار اختلاف الدارين فى حالة الحرب بالفعل فقط . وقد حبذ الأستاذ الغاء هذا المانع . وهناك حكم شرعى حديث صدر على عكس الرأى المتقدم وهو حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٢٢ ابريل ١٩٣٥ Clunet ١٩٣٥ . ٦٥ . ١٠ .

(١) وقد أثارت هذه المسائل خلافات عديدة فى القضاء ، انظر مجموعة بسطوروس . ٢ . ٣٢ . وكذلك Messina . ٢ . ٧٨ والأحكام الكثيرة التى أشار اليها .

الحقيقى كالتشريع الفرنسى مثلا [١] ، ويترتب على ذلك أن الميراث الواحد قد يخضع فى تقسيمه لتشريعات متعددة [٢]. أما فى مصر فان القانون الواجب الاتباع واحد ، ولقد أبان المرحوم أبو هيف بك المضار العديدة [٣] التى تنجم عن اتباع حكم القانون المصرى فى هذا الصدد وتتلخص فيما يأتى :

أولا — أن القانون المصرى يجعل النظام العقارى فى مصر خاضعا لقوانين أجنبية متعددة فيصعب أحيانا معرفة الملاك الحقيقيين للعقارات . وهذا ضار بالثقة العقارية . ثانيا — أن ذلك يؤدى الى مخالفة مبادىء النظام العام فى مصر اذ أن المحاكم القنصلية عند توزيعها للتركات قد تعترف بحقوق لأولاد السفاح وفى هذا تحد للشعور العام فى مصر [٤] . ثالثا — أن اتباع قانون الجنسية يؤدى الى توريث الحكومات الأجنبية للعقارات التى لا وارث لها ، والتى تركها أحد رعاياها ، وفى هذا من الخطورة ما لايخفى .

٢٤٦ — وتتصل بمسائل المواريث ، المسائل المتعلقة بالوصايا . ولقد

---

(١) انظر Makarov . ٤٣٨ حيث أشار الى أحكام التشريعات الأجنبية فى هـذا المعنى ويلاحظ أن القانون واحد دائما بالنسبة للمنقولات بخلاف العقارات فالقانون يتعدد اذا اختلفت مواقعها .

(٢) والجرى على ذلك قد يترتب عليه أحيانا أن وارثا يغبن عند توزيع الأموال الموجودة فى خارج البلد الأصلى ، فاذا توفى فرنسى عن أموال بعضها موجود فى فرنسا والبعض الآخر موجود فى انجلترا ووزعت هذه الأموال على ورثته مرة وفقا للقانون الفرنسى وأخرى وفقا للقانون الانجليزى فقد يغبن بعض الورثة . لذلك يقرر التشريع الفرنسى للوارث المغبون الحق فى أن يأخذ من الأموال الموجودة فى فرنسا ما يعوض عليه غبنه بالنسبة للأموال الموجودة فى انجلترا . انظر Bartin . ١ . ١٠٦ وكذلك Pillet-Niboyet . ٨٥٣ .

(٣) ومع ذلك فحكم القانون المصرى قد أخذ به فى مشروع اتفاق لاهاى فى المؤتمر السادس ١٩٢٨ فى المادة الأولى من المشروع . Makarov . ٤٣٩ . على أن المشروع يبيح فى بعض الأحوال استبعاد قانون الجنسية اذا خالف اعتبارات النظام العام فى بلد القاضى . انظر Pillet-Niboyet . ٨٤٧ .

(٤) ويلاحظ أن هـذا العيب ناتج عن تطبيق الامتيازات لا عن الأخذ بقانون واحد هو قانون الجنسية فى المواريث . وقارن Messina . ٢ . ٧١ — ٧٣ .

تكلم عنها الشارع فى المادة ٤ . م . م . عند ذكره المواريث ، اذ المواريث اما أن تكون بغير وصية أى شرعية ولقد بينت الآن أحكامها . واما أن تتم وفقا لوصية المتوفى succession testamentaire فيؤخذ بأحكام هذه الوصية ما دامت غير مخالفة للأحكام الواردة فى قانون الأحوال الشخصية للموصى . وتقرر المادة ٥٥ م . ا . أن تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها forme الأحكام المقررة لذلك فى الأحكام الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى . وتقرر المادة ٧٨ م . م نفس الحكم مع الأخذ بقانون الأمة بدلا من قانون الملة (١) .

ويؤخذ بأحكام القانون الشخصى فى الوصية سواء كانت منظمة لميراث المتوفى برمته أو ناقلة للملكية جزء منها الى شخص أو الى أشخاص معينين (٢) . فالوصية بمال معين لا تعتبر تركة اذ لا تفتح التركة قبل تنفيذ الوصية .

٢٤٧— ووفقا للأحكام الشرعية تصح الوصية مشافهة . ولكن المشرع المصرى أدخل تعديلا على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من مقتضاه أن لا تسمع دعوى الوصية الا اذا كانت حاصلة بعقد رسمى ، أو كانت كلها مكتوبة بيد المتوفى وممضاة منه (٣) . فلو تمت الوصية فى غير هذين الشكلين فهى صحيحة دينيا مع ذلك ، ولكن القاضى لا يسمع الدعوى بشأنها . ولما كانت هذه النتيجة خطيرة فان أغلب الموصين الآن يقومون بتحرير وصاياهم عند القاضى الشرعى .

---

(١) انظر حكم محكمة الزقازيق ١٨ ديسمبر ١٩٣٠ محاماة . ١١ . ٨٤٩ ومصر الابتدائية الأهلية ٢٤ يناير ١٩٣٢ محاماة ١٣ . ٧٣٦ .

(٢) انظر ١١ يناير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ١٤٤ وأول ديسمبر ١٩٣٢ . م . ت . م . ٤٥ . ٤٨ و ١٨ ابريل ١٩٣٣ . م . ت . م . ٤٥ . ٢٤٢ .

(٣) انظر المادة ١٠٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة فى ١٩١١ وحكم استئناف مصر أهلى ١٧ ديسمبر ١٩٢٣ . المجموعة الرسمية ٢٦ . ٤٦ وحكم محكمة اسكندرية الابتدائية ١٣ يناير ١٩٣٠ محاماة . ١٣ . ٧٣٦ .

والحكم السابق خاص بالمسلمين . أما غير المسلمين من المصريين فيحررون وصاياهم طبقا للشكل المقرر عندهم . وقد وردت نصوص خاصة بذلك فى التشريعات التى أصدرها المشرع المصرى بشأن بعض الطوائف الملية . أما بالنسبة للأجانب فلهم الحق فى عمل وصية طبقا للشكل المقرر فى جنسيتهم .

وذلك لا يمنع مطلقا من امكان عمل وصية طبقا للشكل المحلى ، اذ مثل هذه الوصية تكون صحيحة شكلا وفقا لقاعدة Locus regit actum . ولكن ماهو الشكل المحلى ؟ رأينا عند الكلام فى شكل الزواج مقدار اختلاف المحاكم بشأن تحديد الشكل المحلى . واذا رجعنا الى أحكام القضاء فيما يتعلق بشكل الوصية ، وجدنا أن البعض منها قد حكم بصحة الوصية الحاصلة أمام البطركية الرومية الأرثوذكسية ولو أن الموصى يونانى [1] ، أى أن الشكل الدينى معتبر هنا كأنه الشكل المحلى بالنسبة للروم الأرثوذكس . فالقاعدة التى أوردتها المادة ٧٨ م . م . بشأن شكل الوصية قاعدة اختيارية وليست آمرة فتصح مخالفتها باتباع الشكل المحلى الذى يتغير اذن بتغير ديانة الموصى .

ولكن ما القول اذا كتب مسيحى وصية طبقا لأحد الشكلين الواردين فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ؟ نرى أن الوصية تكون صحيحة شكلا فى هذه الحالة ، لأن الشكل الذى أورده المشرع المصرى انما هو شكل وضعى مدنى لا علاقة له بالدين ، واتباع الأشخاص له انما يرجع الى رغبتهم فى الطمأنينة على صحة وصاياهم خصوصا اذا علمنا أن أغلب الطوائف غير الاسلامية لا تعرف لنفسها قانونا محددا بعيدا عن الابهام . وكذلك يطبق نفس الحكم اذا كانت الوصية قد تمت من أجنبى من رعايا الدول الممتازة . فيمكننا القول اذن بأن كلا من الشكلين المذكورين فى لائحة الترتيب الشرعية يعتبر شكلا محليا بالمعنى المفهوم فى القانون

---

(١) انظر ٢٢ مايو ١٩١٣ . م . ت . م . ٣٥ . ٥٤٥ و ٢٣ مايو ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٤٤٦ .

الدولى الخاص (١) ، أى أن الوصية التى تتم وفقا لواحد منهما تعتبر صحيحة أمام أية محكمة كانت اذا ما أخذت هذه المحكمة بقاعدة Locus regit actum . وعلى أية الأحوال فالشكل المقرر فى قانون الجنسية صحيح وفقا للقانون المصرى وان خالف الشكل المقرر فى قانون موقع العقار الموصى به ولو كان هذا الشكل الأخير اجباريا (٢) .

وللقناصل المصريين أن يستلموا على سبيل الأمانة من يد الموصى نفسه كل وصية رسمية أو مكتوبة بأكملها بخط الموصى ، وتحفظ فى ظرف مختوم فى محفوظات القنصلية ، ولا تسلم لأحد فى حياة الموصى الا للموصى نفسه . وتفتح الوصية بعد وفاة الموصى بناء على طلب ذوى الشأن ، و يصح للقنصل فتحها من تلقاء نفسه اذا لم يطلب ذوو الشأن ذلك فى ظرف ثلاثة شهور من تاريخ الوفاة (٣) .

٢٤٨ — على أنه يلاحظ على النصوص المصرية أنها لم تذكر ما اذا كان قانون الموصى وقت الايصاء هو الواجب الاتباع أو قانونه وقت الوفاة ، فاذا فرض أن كان الموصى مصريا وقت الايصاء وفرنسيا وقت الوفاة فأى قانون هو الواجب الاتباع ؟ وكذلك اذا فرض أن كان الموصى مسيحيا وقت الايصاء ومسلما وقت الوفاة فأية شريعة هى الواجبة الاتباع ؟ هنا نجد سكوتا تاما فى النص. والواقع أننا نحار بين ثلاثة حلول ، الأول تطبيق قانون الموصى وقت الايصاء ، الثانى تطبيق قانون الموصى وقت الوفاة ، الثالث ، تطبيق القانونين معا ، بمعنى أن الوصية لا تكون صحيحة الا اذا استوفت الشروط المقررة فى القانونين معا .

---

(١) قارن ما ذكرناه فى مؤلفنا ٢٤٥ هامش (١) .

(٢) قارن أبو هيف بك . ٥٣٨ وما ذكرناه فى مؤلفنا آنفا . ١٥٦ و Weiss المختصر ٥٨٣ .

(٣) انظر المادة ٢٠ من قانون القنصليات الصادر فى ٥ أغسطس ١٩٢٥ .

وهذا الحل الأخير أخـذت به اتفاقات لاهاى ١٨٩٣ و ١٩٠٠ (١) . وعندنا أن الحل الثانى هو الجدير بالاتباع لأن الوصية تصرف مضاف الى مابعد الموت ، فأهلية الموصى بشأنها يجب أن تتحدد وفقا لقانونه الشخصى الأخير الذى يحكم ميراثه ، الا اذا أحال هذا الأخير على القانون الأول (٢) .

وكذلك يلاحظ على النصوص المصرية أنها لم تعالج كل نواحى الوصية واكتفت فقط بذكر أهلية الموصى وصيغة الوصية ، أما ما عدا ذلك فقد سكتت عنه سكوتا تاما ، فلأى قانون يرجع فى تحديد أهلية الموصى اليه ومتى يعتبر رضاؤه صحيحا فى قبول الوصية ؟ وأى قانون يحكم الآثار المترتبة على الوصية ومدى الالتزامات التى يمكن أن يتحمل بها الموصى اليه وفقا لبعض التشريعات؟ وكذلك هل يصح الرجوع فى الوصية ومتى يكون ذلك (٣) ؟ كل هذه مسـائل لم يرد بشأنها حل صريح فى القانون المصرى . وفى اعتقادنا أنه يجب اخضاعها لقانون الموصى لأن الموصى هو الطرف الأهم فى هذا التصرف (٤) .

٢٤٩ — ولقد نصت المادة ٧٨ فقرة ثانية على أنه اذا فسخت الملكية بسبب ضرورة الاحتفاظ بقدر معين للورثة réserve légitime أو تجاوز المورث

---

(١) راجع Makarov . ٤٤١ — ٤٤٢ . وهذه المسـألة أثارت خلافات كبيرة تجدها مفصلة فى رسالة André Tiran . السابق الاشارة اليها . ٧٥ — ٧٦ .

(٢) ويتبع المشرع الفرنسى حكما مخالفا فى المـادة ٩٠٤ اذ يشترط تحقيق الأهلية وقت الايصاء لا وقت الوفاة . وعندنا أنه يصح اتباع قانون الموصى وقت الايصاء فقط بالنسبة للشـكل لاعتبارات التسهيل . والرأى الذى تقول به أقره مشروع اتفاقية لاهاى ١٩٢٨ . انظر Makarov . ٤٤٤ .

(٣) كذلك قد يقوم الخلاف حول مايجوز الايصاء به ومالايجوز من الحقوق ، وفى اعتقادنا أنه يجب الرجوع هنا الى قانون موقع الأموال لمعرفة الحقوق التى يمكن أن تترتب على هـذه الأموال ، فلا يمكن عن طريق الايصاء انشـاء حقوق لا يعترف بها قانون موقع المـال . قارن حكم محكمة النقض المصرية ٢١ يونيه . ١٩٣٤ . مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ملحق ٧ . ٢٢٠ .

(٤) قارن ١٨ يناير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ١٧٣ .

النصاب الجائز التبرع به quotité disponible فان ذلك لا يضر بالحائزين [١] ولا بالدائنين المرتهنين . فهذه الفقرة اذن تورد حكما استثنائيا اقليميا لما قال به الشارع فى المادة ٧٨ فقرة أولى ، اذ أننا لو اتبعنا بدقة حكم قانون الأحوال الشخصية الذى يقول بفسخ ملكية أحد الورثة أو الموصى اليه أو الموهوب له مع الزامه بأن يرد للتركة ما يلزم لتكملة نصيب الوارث ، فان ذلك كان يستدعى انهيار كل الحقوق العينية التى يكون هذا الشخص قد رتبها على العين قبل ردها ، وفى هذا اضرار كبير بمصالح من ترتبت لهم هذه الحقوق اذا كانوا حسنى النية ، ولذلك حماهم المشرع المختلط وفقا لخطته المعهودة .

ولقد راقت هذه الحماية فى نظر المشرع الأهلى فأصدر قانونا فى صيف سنة ١٩٣٣ [٢] معدلا للمادة ٥٥ م . ا . تحوت نفس الاستثناء .

٢٥٠ — وأوجه النظر فى النهاية الى أن أسباب الاستثناء لم ترد على سبيل الحصر على ما هو ظاهر فى قول المشرع « أو نحو ذلك » ، وهذا ما سارت عليه المحاكم المختلطة [٣] .

٢٥١ — ولما عرضت مسألة وصايا المسيحيين على محكمة النقض المصرية [٤] فصلت فيها بضرورة الرجوع الى نظام تركات العيسويين الذى صدر به الأمر السلطانى فى المحرر السامى الصادر بتاريخ ٧ صفر ١٢٧٨ (الموافق ١٤ أغسطس ١٨٦١) . وقد أشير الى نظامنامة التركات فى المحرر السامى المبلغ من المعية السنية بمصر لنظارة الخارجية المصرية والمبلغ منها لمحافظة مصر فى ٢٧

---

(١) Créanciers hypothécaires و tiers acquéreurs .

(٢) وهو القانون رقم ٧٩ وتحوى الفقرة كالآتى « أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الأموال الثابتة بسبب تجاوز النصاب المرعى أو عدم ابقاء القدر المفروض شرعا أو نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

(٣) انظر مجموعة بسطوروس تحت المادة ٧٨ وحكم ١٢ مارس ١٩١٨ . م . ت . م . ٣٠ . ٢٧٥ و٢٥ ابريل ١٩١٦ . م . ت . م . ١٨ . ٢٠٧ .

(٤) حكم ٢١ يونيه ١٩٣٤ السابق الاشارة اليه .

ربيع الآخر ١٢٨٢ . و يؤخذ من هذا النظام . أولا : ان الوصية لا تعتبر الا اذا كانت لا تزيد على ثلث التركة . ثانيا : ان كل تركة فيها قصر يكون حصر نصيب القصر فيها على مقتضى أحوال الشريعة الاسلامية ، أى على قاعدة أن للورثة ما فضل بعد البداءات من نفقة تجهيز ودفن ومن دين و بعد الوصية التى لا يجوز أن تزيد على ثلث الباقى من المال .

ومما قررته محكمة النقض عن طريق الاستنتاج من النظام السالف (١) أن الوصية لوارث لا تجوز عند غير المسلمين الا بما أجازه الورثة ، وأنه يجب اتباع الحكم الشرعى فى هذا الشأن ، لأن هذه المسألة مالية بحتة بعيدة عن الدين، و يجب أن يكون التشريع فيها عاما بغض النظر عن اختلاف الأديان . وأهم ما استندت عليه المحكمة تدليلا على صحة استنتاجها نص المادتين ٢٥٤ و ٢٥٥ م . ا . ومقتضاهما أن بيع المريض لوارثه موقوف على اجازة الورثة وذلك لكونه ملحقا بالوصية ، وهذا الحكم عام بالنسبة للمسلمين وغيرهم .

وخلاصة ما تقدم أن نظام التركات السابق بالنسبة لغير المسلمين أصبح جزءا لا يتجزأ من نظم أحوالهم الشخصية ، ولهذا يجب تفسير الاشارة الى قوانين الملة الواردة فى المادة ٥٥ م . ا . باعتبار أن الأوامر التشريعية السالفة جزء منها . أو بعبارة أخرى يجب الأخذ بالأحكام الشرعية المقررة بالنسبة لوصايا غير المسلمين.

والغريب فى النتيجة التى وصل اليها حكم محكمة النقض أن وصية غير

---

(١) وقد وردت بالحكم جملة أدلة أخرى . وجدير بالذكر هنا أن المحكمة قد دلت فى حكمها على خطأ شائع أتى فى بعض قوانين الطوائف بشأن ترجمة اصطلاح succession ab intestat بعبارة « المواريث الخالية عن الوصية » وقد يفهم من ذلك أنه اذا توفى الشخص تاركا وصية بجزء من أمواله فان المحاكم الشرعية يجب أن لا تختص ، والواقع يخالف ذلك لأنها تختص دائما بتوزيع التركات التى لم تنظم برمتها بوصية ، فان وجدت أطلق عليها بالفرنسية عبارة succession testamentaire أى المواريث الآتية بطريق الوصية ، وعكسها « المواريث الشرعية » وتعتبر كذلك حتى لو وجدت وصية بشأن جزء من legs التركة . قارن ما قلناه هنا بما ورد فى الحكم ، المرجع السابق ، ٢٢٦ .

المسلمين تخضع للأحكام الشرعية الاسلامية مع أن الاختصاص بشأنها ما زال من اختصاص المجالس الطائفية التى يجب عليها أن تطبق الأحكام السالفة للحكم فى صحة الوصية ، ولو كانت هذه الأحكام مخالفة لما هو وارد فى شرائعها الخاصة اذ تعتبر شرائعها منسوخة بما ورد فى الأوامر السامية السابقة . وهكذا يمكن أن تعتبر هذه الحالة استثناءا من التلازم بين الاختصاص والقانون فى جهة قضائية دينية . وهذا من الوجهة النظرية أما عملا فان النزاع فى الوصية يكون مسبوقا عادة بالنزاع فى الميراث وهو عند الاختلاف من اختصاص المحاكم الشرعية .

٢٥٢ — ومن المسائل الخاضعة للقانون الشخصى بموجب قواعد تنازع القوانين المصرية الوصاية والقوامة . والمراد بالقانون الشخصى هنا قانون جنسية (١) القاصر أو المحجور عليه حتى ولو كان الوصى أو القيم من جنسية أخرى (٢) ، وان كانت النصوص التشريعية لم تفصح عن ذلك صراحة . هذا بالنسبة للأجانب ، أما بالنسبة للمصريين فان القانون الواجب اتباعه هو قانون الديانة . ولقد أشرت فيما مضى الى أن اختصاص المجالس الحسبية فى هذه المسائل اختصاص شامل لكل المتوطنين فى مصر من غير الأجانب أصحاب الامتيازات (٣) . ولا شك أن الأخذ بأحكام القوانين الأجنبية فيما يتعلق بالحجر قد يضر فى بعض الأحيان بالمواطنين ، الذين قد يجهلون وجود حكم بالحجر فيتعاقدون وهم حسنى النية ثم

(١) ولا نزاع فى تطبيق القانون الشخصى فى مسائل الولاية والسلطة والأبوية ، ولكن فى هذه الحالة يرجع الى قانون الأب . انظر ٩ ديسمبر ١٩٠٩ . م . ت . ٢٢ . ٣٠ و ٢٢ فبراير ١٩١٢ . م . ت . م . ٢٤ . ١٥٦ . وحكمت المحاكم المختلطة أن تغيير الأب لجنسيته لايؤثر فى سلطته الأبوية ٢٠ يونيه ١٩٠٧ . م . ت.م . ١٩ . ٢٨٧ .

(٢) انظر Weiss . ٣ . ٣٤٦ — ٤٠٦ . و Pillt-Niboyet . ٧٧٩ — ٧٨٨ و Makarov . ٤٢٦ ورسالة G. Lafon المعنونة «La tutelle des mineurs en D.I.P.» 1912 .

(٣) فاختصاص المجالس الحسبية بالنسبة للمصريين لايتقيد بالتوطن ، بل أساسه الجنسية ولا عبرة باختلاف الدين أوالتوطن فى الخارج . أمابالنسبة للأجانب غير المتازين فان اختصاص هذه المجالس يمتد اليهم اذا كانوا متوطنين فعلا فى مصر . انظر بسطوروس . ٢ . ٣٢٦ ومابعدها وكذلك بحث المرحوم زميلنا السابق الدكتور محمد كامل الغمراوى : «أحكام الوصى» المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٤ . ٣١٦ .

يفاجئون ببطلان التصرفات بعد ذلك ، خصوصا أن أحكام الحجر تنشر عادة حتى تكون معلومة للكافة ، فكيف يكون ذلك ان كانت قد صدرت في بلد أجنبي [1] ؟!

ومن الملاحظ أن تأليف هذه المجالس يسمح بادخال عضو من الملة التابع لها الشخص اذا كان القاصر منتسبا الى طائفة من الطوائف غير الاسلامية فيحل محل القاضي الشرعي الذي يجلس عند النظر في مسائل المسلمين [2] . فيستفاد اذن من تأليف هذه المجالس أنها تراعي الاختلافات الدينية في اصدار أحكامها فهي لا تطبق باستمرار الشريعة الاسلامية ، ولا مانع عندنا من أن تطبق قوانين أجنبية [3] اذا كانت المسألة متعلقة بأجنبي تابع لدولة غير ممتازة ، اذ لا تلازم هنا

---

(١) انظر ١١ مايو ١٨٨٢ المشار في مجموعة بسطوروس . ٢ . ٣٢٩ . وبالنسبة للمصريين قرار وزير الحقانية الصادر في ١٣ فبراير ١٩٢٦ بشأن تسجيل قرارات الحجر في مجلس حسبي القاهرة . وقارن حكم ٩ مايو ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٣٤٨ .

(٢) وتتألف المجالس من ثلاثة أعضاء . القاضي الأهلي رئيسا ، وعضو الأعيان ، وعضو الملة الذي يتغير باختلاف الدين (قانون ١٣ أكتوبر ١٩٢٥) . وقد اعتبر هذا القانون أن سن الرشد بالنسبة للمصريين جميعا ٢١ عاما ، تحسب وفقا للتقويم الهجري .

(٣) وهذا هو الرأي المتبع عملا وقالت به المحاكم المختلطة . انظر ٩ يناير ١٩٣٠ . م . ت . م . ٤٢ . ١٦٥ و٧ مارس ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٥ . ٢٧٣ و ٢٤ نوفمبر ١٩٢١ . م . ت . م . ٣٤ . ١٩ ومؤلف الأستاذ الزيني ٢٠٣ — ٢٠٥ ويلاحظ الأستاذ أن اختصاص المجالس الحسبية أغلبه اداري فلا تسنح لها الفرصة في تطبيق قوانين أجنبية موضوعية الا قليلا . ولكن لايغيب عن الذهن أن هذا الاختصاص الاداري يقوم في الواقع على ضرورة تطبيق قوانين موضوعية ، فكيف يمكن للمجلس أن يفاضل في تعيين الأوصياء وكيف تتحدد السلطة التي يتمتع بها الوصي ؟ كل هذه مسائل يجب الرجوع فيها الى قانون القاصر ، فاذا كان أجنبيا تابعا لاحدى الدول غير الممتازة ولكنه متوطن في مصر فان المجلس ترجع الى قانونه الشخصي . هذا وان جعل هذا الصنف من الأجانب خاضعا لاختصاص المجالس الحسبية يقصد به حماية مصالحهم المالية ، اذ لا توجد في البلاد هيئة أخرى يمكن الرجوع اليها لتحقيق هذا الغرض ، ولا ننسى هذه الاشارة الى احتمال تدخل الهيئة القنصلية بالنسبة للتركة والمحافظة عليها . ولكن ماذا يجب عمله من حيث تأليف المجلس الحسبي عند نظره في مسألة متعلقة بهؤلاء الأجانب ؟ اننا لا نرى في هذه الحالة وجوب تغيير القاضي الشرعي بعضو الملة =

بين الاختصاص والقانون ، لأن المجالس الحسبية ليست هيآت دينية ، فالعنصر الزمنى فيها غالب بشكل واضح ، ومن الغريب أن المشرع قد سكت عن ذكر القانون الذى تطبقه هذه المجالس حتى أثار الشكوك حوله [١].

٢٥٣ — وفى النهاية فانه من المقرر وفقا لبعض التشريعات الأجنبية جواز تنظيم الوصاية أو القوامة وفقا لقانون محل اقامة ناقص الأهلية ، وذلك حماية له الى أن تتدخل السلطة المختصة وفقا لقانون جنسيته . فيصح بناء على ذلك اتخاذ اجراءات للمحافظة على أموال القاصر ، أو جواز الترخيص باستثمار الأشجار و بيع البضائع التى كان يملكها الوالد المتوفى . ومن هذه التشريعات التشريع الألمانى فى المادة ٢٣ من مقدمته [٢].

وتعترف التشريعات عادة بسلطان الوصى على أموال القاصر وفقا لقانونه الشخصى ، أيا كان موقع هذه الأموال ، وذلك ماعدا التشريعات الانجلو امريكية التى تقيده بقيود كثيرة [٣].

٢٥٤ — ومن المسائل التى تخضع للقانون الشخصى الهبة ، ولكن مع ذلك يجب مراعاة الأحكام التى أوردها المشرع فى نصوصه المدنية وأهمها المواد ٤٨ — ٥٣/٧٠ — ٧٦ م . ا . م . وهذه الأحكام متعلقة بانعقاد الهبة ، وتأثيرها فى حقوق الغير . أما غير ذلك من المسائل التى يثيرها عقد الهبة فلا نص بشأنها . وعلى أية حال فان مسألة أهلية الواهب أو قبول الهبة فيرجع فيهما

= التى ينتسب اليها هذا الأجنبى .

على أننا نرى أنه اذا عين المجلس الحسبى وصيا لأجنبى غير ممتاز قاصر ثم تعين وصى آخر من السلطة المختصة فى بلده الأصلى فان الوصى الأخير هو المعتمد اذ الأول مؤقت الى حين تعيين الوصى بمعرفة جهة الاختصاص الأصلية (انظر مؤلفنا بند ٢٥١) .

(١) انظر الأستاذ الزينى . المرجع السابق .

(٢) انظر Makarov . ٤٢٧ .

(٣) انظر مؤلفنا . ١٢٦ و Makarov . ٤٢٨ وقارن اتفاقية لاهاى ١٩٠٢ وكذلك اتفاقية ١٩٠٥ .

دائما الى القانون الشخصى وفقا لنص المادة ١٣٠/١٩٠ م . ا . م .[١] ولا يثير تطبيق هـذا النص أية صعوبة اذا كان كلا من الواهب والموهوب له متحدى الجنسية ، أما عند اختلاف الجنسية فالمسألة لا تخلو من الصعوبة . وفى اعتقادنا أنه يجب الرجوع هنا الى القانون الشخصى لكل من الواهب والموهوب له لأن رضا كل منهما لازم لتكون العقد . وهناك مسائل أخرى لم تتعرض لها النصوص التشريعية لا صراحة ولا ضمنا ، ومنها مسألة الوقوف على ما تجوز هبته ، وهل يرجع هنا لقوانين الأحوال الشخصية أو الى قوانين الأحوال العينية . ولقد أثيرت المسألة بشأن هبة المشاع وتسليمه ، فمن الأحكام مالا يستلزم ضرورة قسمة الموهوب المشاع[٢] ومنها ما يقول بعكس ذلك . ومن جهة أخرى فان مسألة الرجوع فى الهبة ، ومتى يتقرر ذلك ، تثير اشكالات كثيرة،اذ من المعلوم أن أغلب التشريعات تقيد الرجوع عند اباحته بشروط معينة[٣] ، فهل أباح هنا المشرع المصرى الرجوع الى أحكام قوانين الأحوال الشخصية ؟ هذا هو ما نقول به[٤] نظرا لسكوت المشرع عن ايراد حكم موضوعى فى هذا الصـدد ، ولا خوف هنا على حقوق الغير لأن حصول التصرف وفقا للشريعة الاسلامية مانع من الرجوع، ولأن الغير الذى يشترى عليه أن يتأكد ، متى علم أن سبب ملـكية البائع هو

---

(١) ٥ ديسمبر ١٩٠١ . م . ت . م . ١٤ . ٣٦ و٢٣ ديسمبر ١٩٠٢ م . ت . م . ١٥ . ٧٢ و ١٢ ديسمبر ١٩١٨ . م . ت . م . ٣١ . ٦٨ وانظر مع ذلك نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

(٢) ٢٣ مارس ١٩٢٦ . م . ت . م . ٣٨ . ٣٠٢ وعكس ذلك ٢٤ فبراير ١٩٢٠ م . ت . م . ٣٢ . ٣٧٧ .

(٣) ٨ يناير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ١١٧ و ١٥ يونيه ١٩٢٦ . م . ت . م . ٣٨ . ٤٧٧ و ٢٩ يناير ١٩٢٤ م . ت . م . ٣٦ . ١٨١ وانظر Bartin . ٢ . ٨٣ وكامل مرسى بك « الملـكية والحقوق العينية » الجزء الثانى . ٤٠٤ وما بعدهـا . وعلى الأخص ٤٦٤ و ٤٧٥ و ٤٨٠ .

(٤) انظر مؤلف أبى هيف بك . ٥٤١ .

الهبة ، من أسباب الرجوع وجوازه وعدم جوازه . هذا علاوة على أنه ليس من المشكوك فيه مطلقا وجوب اخضاع الهبة لحكم قوانين الأحوال الشخصية على الأقل فى بعض ما يتعلق بها والا أصبحت عبارة الهبة الواردة ضمن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية عاطلة عن أى معنى [١] .

وجدير بالذكر هنا أن الشكل المقرر فى المادة ٤٨/٧٠ م . ا . م . متعلق بالانعقاد اذ يقصد به حماية الواهب لتوجيه نظره الى جسامة العمل الذى يقدم عليه ، وهو تجرده عن بعض أمواله دون مقابل [٢] ، وعلى ذلك فان لهذا النص أثرا خارج الاقليم ، بمعنى أن المصرى لا يصح له أن يهب أمواله ولو كان موجودا فى الخارج الا فى الشكل الرسمى وان كان قانون محل الهبة [٣] يجيز تمامها بعقد عرفى . ومن الجهة الأخرى فان نص المادة ٧٠ م . م . سار على جميع المتوطنين فى مصر أجانب ومصريين ولو خالف المقرر فى قوانين أحوالهم الشخصية ، فلا تصح الهبة حتى بين متحدى الجنسية اذا كان موضوعها عقارا الا فى الشكل المقرر فى التشريع المختلط .

٢٥٥ — ولم يأت ذكر ، فى النصوص التشريعية كلها ، للمفقود ، اذا كان أجنبيا . ومن المتفق عليه أن المسائل المتعلقة بالمفقود داخلة فى نطاق الأحوال الشخصية ، ومن ثم تخضع لحكم قانون الجنسية ، وفى مصر لاختصاص المحاكم القنصلية . هذا اذا كان المفقود من رعايا احدى الدول صاحبات الامتياز ، أما اذا كان غير ممتاز فللقنصلية التابع لها القيام بالاجراءات التحفظية للمحافظة على تركته . ولكن بجانب هذه الاجراءات توجد مسائل أخرى جديرة بالنظر ، أهمها توزيع تركة هذا المفقود ، وتسوية علائقه ومعاملاته مع الغير ، كما لا ننسى صالح الجماعة التى يعيش بينها اذ يهمها ولا شك استغلال أمواله . فاذا

---

(١) قارن فتحى باشا زغلول « شرح القانون المدنى » . ٨٢ .

(٢) كامل مرسى بك « الملكية والحقوق العينية » . ٢ . ٣٧٧ .

(٣) ونفس الحكم متبع فى التشريع الفرنسى قارن Pillet-Niboyet . نبذة ٥٣٧ وخلاف القضاء الفرنسى فى هذا الشأن . ولنا عودة الى هذا الموضوع .

أثيرت مسألة من هذه المسائل أمام القضاء الأهلى أو المختلط بطريقة فرعية فليس عليهما سوى تطبيق القانون الشخصى للمفقود ، وذلك بالقياس على مسائل المواريث من جهة أخرى . وهذا هو الحل المتبع فى فرنسا [١] مع ضرورة مراعاة مقتضيات النظام العام التى يوصى بها تشريع البلد الذى يتوطن فيه المفقود .

٢٥٦ — ويحكم القانون الشخصى باعتبار أنه قانون الجنسية ،الالتزامات التعاقدية عند عدم الافصاح صراحة فى الاتفاق عن القانون الواجب الرجوع اليه عند المنازعة . فاتحاد جنسية الطرفين قرينة على اختيارهما قانون جنسيتهما . فتطبيق قانون الجنسية هنا أساسه الارادة الضمنية للمتعاقدين ، ويلاحظ أنه اذا كان المتعاقدان مصريين فالقانون الأهلى هو قانونهما الشخصى الذى يحكم عقدهما . فاصطلاح القانون الشخصى هنا لا ينصرف فقط الى العلائق المتعلقة بشخص الانسان وانما ينصرف أيضا الى علائقه المالية ، وبالنسبة لهذا النوع من العلائق فان القانون واحد بالنسبة للمصريين ، فيكون المقصود تطبيق القانون الأهلى [٢] .

٢٥٧ — وهناك رأى يقول بتطبيق القانون الشخصى على الالتزامات شبه التعاقدية باعتبار أن للارادة دخلا فى نشوئها ، ومن ثم تخضع لقانون ارادة المتعاقدين سواء حصل الاختيار صراحة أو ضمنا ، واتحاد الجنسية دليل على اختيار قانونهما بطريقة ضمنية [٣] .

٢٥٨ — ومن الجهة الأخرى فان القانون الشخصى باعتباره قانون

---

(١) انظر Weiss المختصر ٤٢٩ — ٤٣٢ وقارن ٣ يناير ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ١١٦ . وكذلك مؤلف السنهورى « النظرية العامة للالتزامات » . ١ . ٣٤٣ .

(٢) انظر Messina . ٢ . ٦٠ وما بعدها و٢٤ مايو ١٩٠١ . ١٣ . ٣٢٧ والمادة الخامسة من التشريع اليابانى الصادر فى ١٨٨٠ وكذلك المادة التاسعة من التشريع الايطالى اذ أشار التشريعان الى اتحاد الجنسية كقرينة قانونية على اختيار هذا القانون . وكذلك قرارات المعهد الدولى . فى مجلده . ٨ . ١٩ . ٢٨٩ .

(٣) انظر Messina . ٢ . ٦٨ والمراجع التى أشار اليها .

الجنسية كما قدمنا يحكم أيضا عيوب الرضا . وقد قررنا فيما مضى أن هذا القانون هو الذى يحكم أهلية التصرف على اختلاف أنواعها ، ومن المعلوم أن الرضا هو مظهر الأهليـة عند استعمالها فى التصرفات فلا بد اذن من حمـاية هذا الرضا ، وأجـدر قانون بحمايته هو القانون الشخصى الذى يحكم الأهلية فى ذاتها . ولقد دافع عن هذا الرأى الأستاذ Bartin [1] ، والمسألة محل خلاف .

المبحث الثالث

فى

تطبيق القانون المحلى La Loi Locale

٢٥٩ — يراد باصطلاح القانون المحلى تلك الطائفة من القواعد القانونية التى تحكم الأشخاص متى وجدوا فى مكان معين ، وذلك من حيث شكل تصرفاتهم الخاصة ، أو أفعالهم الضارة ، أو مهنتهم منظمة من وجهة القانون الخاص [2] . وظاهر أن هذا التعريف اصطلاحى ، اذ أول ما يتبادر الى الذهن أن يقصد بالقانون المحلى ، القانون الذى يسود فى داخل حدود دولة معينة ، وعلى هـذا الأساس يعتبر القانون الاقليمى loi territoriale قانونا محليا ، ولـكن مع ذلك من المتفق عليه ، أنه يقصد بالقانون الاقليمى قانون موقع المال منقولا كان أو عقارا ، ماديا كان أو معنويا ، لأن للأموال المعنوية موقعا هو فى العادة موطن المدين، أو المتوفق على حسب الأحوال [3] . فالقانون الاقليمى هو ذلك القانون الذى يحكم نظام الأموال .

---

(١) انظر مؤلفه ١ . ٧٤ و ٢ . ٨٩ — ١١٢ وسنعود الى بحث هذه المسألة فيما بعد . ويظهر أن المحاكم المختلطة تميل الى هذا الرأى . ٢٣ مارس ١٩٢٦ م . ت . م . ٣٨ . ٣٠٢ و ١٣ مارس ١٩٢٨ م . ت . م . ٤٠ . ٢٢٤ .

(٢) قارن هذا التعريف بما أورده الأستاذ Bartin . ٢ . ٣٨٧ .

(٣) انظر Bartin . ٢ . ٣٨٩ — ٣٩٠ .

وأساس تطبيق القانون المحلى أن الدولة كما تلتزم بتأمين حياة الأفراد التابعين لها ، و بتسهيل معاملاتهم المالية والعائلية ، و بتنظيم مجهوداتهم فى أعمالهم وحرفهم ، كذلك تتحمل بنفس هذه الالتزامات بالنسبة للأجانب متى مروا أو أقاموا بأراضيها ، فعليها أن تؤمن لهم اقامتهم وأن تسهل عليهم التعامل والتعاقد وفقا للأشكال المحلية ، وأن تنظم نشاطهم فى حرفهم أسوة بالمواطنين . ومن المقر عليه أن بعض هذه الالتزامات بالنسبة للأجانب لا يقل كثيرا عما هو عليه بالنسبة للوطنيين(١) ، ولا يمكن للدولة تحقيق كل هذه الالتزامات وتنفيذها الا اذا كانت قوانينها المحلية سائدة فى اقليمها بالنسبة للأشخاص الذين يوجدون فيها ، والا اذا كان معترفا بهذه السيادة فى الخارج من محاكم الدول الأخرى .

٢٦٠ — ولقد قابلنا اصطلاح القانون المحلى عند الكلام فى المواريث ورأينا أنه يقصد به هنالك القانون الذى ينظم حالة الأموال الموقوفة متى كانت عقارات مبنية (٢) ولو اتبعنا التسمية الحقيقية المتفق عليها فى أوروبا وجب علينا أن نسمى هذا القانون بالقانون الاقليمى لأنه قانون موقع العقار .

٢٦١ — ويتبين من البيانات السابقة أن القانون المحلى ينطبق فى حالات ثلاث : أولا . أشكال التصرفات القانونية ، ثانيا . فى المسئولية الناشئة عن أفعال ، ثالثا . فى قواعد القانون الخاص المنظمة لبعض المهن ، وسنبحثها على التوالى .

ا — أشكال التصرفات القانونية

٢٦٢ — مبنى التصرفات القانونية ، كما هو معلوم ، الارادة . ومن اللازم اظهار هذه الأخيرة فى شكل ما حتى تصبح معلنة لدى الجميع أو على الأقل

---

(١) ومن المقرر الآن أن حق الدولة فى الابعاد ليس مطلقا . انظر بحث De Boeck . مجلة اكاديمية لاهاى . ١٩٢٨ .

(٢) لأن المراد هنا « عقد الايجارتين » أى توريث الحق الناشىء عند هذا العقد .

لدى من يسمى فى الاصطلاح القانونى بالغير tiers . فيجب التمييز اذن بين موضوع الارادة والشكل الذى تظهر فيه . فاذا كان التصرف القانونى عقدا ، فان المتعاقدين قد يرتبان حقوقا أو واجبات لمصلحة واحد منهما أو لمصلحة كل منهما ، فلا يكفى أحيانا مجرد اظهار رغبتهما فى ذلك مشافهة ، بل يستلزم المشرع ضرورة استيفاء بعض الشكليات ، اما لاثبات العقد ، واما لحجيته فى نظر الغير ، واما لاسداء النصح لأحد العاقدين [1] . والمراد الآن هو معرفة القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية ، أى كيفية اظهار الارادة . وأول ما يتبادر الى الذهن هو تطبيق قانون جنسية المتعاقدين خصوصا اذا اتحدت جنسيتهما ، وهذا مايحصل غالبا فى مصر ، فقد رأينا عند الكلام فى علائق الأحوال الشخصية أن شكل الزواج وما يتعلق به من التصرفات يعتبر صحيحا اذا تم وفقا لقانون جنسية المتعاقدين ، ومع ذلك فقد رأينا أن المحاكم المختلطة قد اعتمدت الشكل المحلى على خلاف فى معناه . واعتمادها الشكل المحلى يرجع أحيانا الى أخذها بالقاعدة المعروفة باسم Locus [2] . ومقتضى الأخذ بهذه القاعدة أن التصرف يعتبر صحيحا اذا تم وفقا للشكل المعتبر فى قانون الجهة التى حصل فيها [3] . ويفيد ذلك أن القاعدة ذات شقين بالنسبة لنطاقها ، اذ أن جهة التصرف كما يصح أن تكون ضمن اقليم

---

(١) انظر Bartin . ٢ . ٤٣٧ و Arminjon . ٢ . ١٠٣ .

(٢) راجع ٧ مارس . ١٩١٧ . م . ت . م . ٢٩ و٢٧٣ و ١١ مايو ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٤٦٧ .

(٣) وظاهر أن هذه القاعدة ترمى الى الفصل بين شكل التصرف وموضوعه . فالموضوع محكوم بقانون ، والشكل محكوم بآخر ، ولا مانع من اتحادهما فى بعض الأحوال عن طريق الصدفة . ومن الكتاب من لا يوافق على هذا الفصل بل يخضع شكل التصرف لنفس القانون الذى يحكم موضوعه ، وقال بذلك Bar فى منتصف القرن التاسع عشر . ١ . ٣٣٧ — ٣٦٩ وانتهى الى نفس النتيجة بتحليل آخر الكاتب الألمانى الحديث Frankenstein . ١ . ٥١٨ — ٥٦٥ .

دولة معينة يصح أيضا أن تكون فى الخارج [١] . واذا ترجمنا هذه القاعدة الى العربية حرفا بحرف كان مؤداها أوسع من ذلك بكثير ، لأنها تقرر أن المكان أو بعبارة أخرى قانون المكان يحكم التصرف actum . ولكن من المتفق عليه منذ زمن قديم أن المراد بكلمة تصرف هنا هو شكل التصرفات forme des actes .

والقاعدة مبهمة فى لفظها ، ولذلك يصعب تحديد مداها . ولم تورط المحاكم نفسها فى وضعها وتقريرها بشكل عام شامل ، بل أخذت بها بالنسبة لبعض التصرفات . ولما كان مبنى هذه القاعدة العادة كان طبيعيا أن تكون بعيدة عن الدقة .

٢٦٣ — وقد قلنا فيما مضى أنه لم يرد بشأن هذه القاعدة نص خاص فى التشريع المصرى يقررها صراحة [٢] ، بخلاف التشريع الفرنسى الذى أورد بعض تطبيقات لها فى نصوص مبعثرة ، وهى المواد ٤٧ ، ١٧٠ ، ٩٩٩ ، ٢٢٢٨ . ولقد كان من المزمع عند تحضير قانون نابليون وضع نص صريح بشأنها ، ولكن عدل عن ذلك فى نهاية الأمر خوفا من الوقوع فى اللبس والغموض بشأن تحديد مدى هذه القاعدة وطبيعتها ، ورؤى أنه من الأوفق ترك أمر ذلك للفقه والمحاكم .

واذا تأملنا فى القوانين التى يمكن أن تنازع حكم شكل التصرف وجدنا أنها لا تقل عن أربعة ، فهنالك قانون محل ابرام التصرف ، وقانون الجنسية ، وقانون بلد التنفيذ ، وأخيرا القانون الذى يحكم التصرف من حيث الموضوع . وتغلب أكثرية التشريعات ، وكذلك المحاكم قانون محل حصول التصرف لاعتبارات كثيرة سنبينها حالا .

---

(١) انظر بعده . تطبيق هذه القاعدة فى مصر وأثر نظام الامتيازات فيها وكذلك Messina . ٢ . ٨٤ وما بعدها . وعلى الأخص ٨٧ .

(٢) وقد ورد النص بشأنها فى بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الاسبانى والأرجنتينى، والبرازيلى . . . الخ . انظر Makarov . ٢٤٨ . ومؤلفنا . ١٥٨ .

٢٦٤ — والواقع أن هذه القاعدة معروفة من قديم الزمان ، وترجع فى تاريخها الى أقوال بارتول بمناسبة وصية Venise [١] . ولقد انزوت من مجالات التطبيق العملى الى حد كبير أمام سيادة مبدأ عينية القوانين ، ولكنها عادت بعد ذلك الى الظهور من جديد ، حتى أصبحت اليوم مقرا عليها بصفة عالمية [٢] ، فأخذت بها المحاكم المختلطة باطراد رغم عدم وجود نصوص بشأنها ، وذلك باعتبار أنها قاعدة تقليدية مبنية على العادات . وعلى ذلك تعتبر المحاكم المختلطة [٣] التصرف صحيحا شكلا متى تم وفقا للشكل المقرر فى قانون الجهة التى وقع فى دائرتها .

٢٦٥ — وأساس [٤] هذه القاعدة اعتبارات كثيرة ، فعلاوة على أنها قد أصبحت قاعدة تقليدية ، فانها ترتكز على اعتبارات عمليــة أخرى ، اذ لا يمكن مطلقا التشدد مع الأشخاص الموجودين خارج بلادهم واجبارهم على اتباع الشكل المقرر فى قانون جنسيتهم ، اذ من المحتمل أنه قد يصعب عليهم الوقوف عليــه بالدقة ، أو اذا وقفوا عليه قد يتعذر عليهم استيفائه فى البلد الأجنبى لسبب ما ، وفوق هــذا وذاك يحصل أحيانا أنه لا يعتبر المشرع الأجنبى الشكل المقرر فى قانون جنسية المتعاقدين ، فيجب اذن اتباع الشكل المحلى . فاعتبارات التسهيل

---

(١) ولـكن كان من الصعب دائما الوقوف على مداها ، وهل تشمل التصرفات الداخلة فى نطاق القانون الخاص كما تشمل التصرفات الداخلة فى نطاق القانون العام ، وهل تسرى على التصرفات بين الأحيـاء أو بسبب الوفاة ؟ فـلم توضع قاعـدة عامة بل قال أصحاب نظرية الأحوال يبحث كل حالة على حدة لمعرفة اذا كان الشـكل شخصيا أواقليميا . انظر Arminjon ٢ . ١٠٤ .

(٢) انظر التطور التاريخى للقاعدة فى فرنسا . دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ١٤٥ .

(٣) ٢٩ مارس ١٨٩٤ . م . ت . م . ٦ . ٢٣٢ .

(٤) انظر Pillet-Niboyet . ٦٥٦ و Lainé . ٢ . ٣١٣ — ٣١٤ ومقال Arminjon المنشور فى مجلة القانون الدولى الخـاص . ١٩٢٥ . ٤٩٨ ورسالة Edouard Silz المعنونة « Du Domaine d'application de la règle L.R.A. » باريس ١٩٣٣ الطبعة الثانية . ٥٢ و٣٦٩ . ومؤلف أبى هيف بك . ٣٥٥ .

لما دخل كبير فى الأخـذ بالقاعدة . ومع ذلك فمن المقرر الآن فى جميع بلاد العالم المتمدين أن تطبيق هذه القاعدة أساسه الحقيقى هو رغبة المشرع وذلك باعتبارها قاعدة من قواعد الاختصاص التشريعى المبنية على العادات . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان الأخذ بالشكل المحلى ، أو بعبارة أخرى بالقانون المحلى ، انما يقصد به الاطمئنان على صحة التصرفات من حيث الشكل ، فقواعد القـانون المحلى متعلقة هنا اذن بمـا يسمى بالأمن المدنى police civile . و يوحى هذا الاعتبار الأخير الى القول بأن القاعدة اجبارية بخلاف الاعتبارات الأخرى فانها تفيد أن الأخذ بالقاعدة اختيارى .

٢٦٦ — ولما كان الأخذ بالقانون المحلى فى التصرفات القانونيـة مقصورا على الشكل فقط ، أى أنه يؤخذ بالنصوص القانونية المحلية المتعلقة بالشكل ، كان من اللازم تحديد معنى الشكل . فما هو الشكل ؟ تحديد معنى الشكل من الصعوبة بمكان . وقـد أثار اختلافات كبيرة بين الـكتاب من قديم الزمان . وسبق أن رأينا بعض هذه الصعوبات عند الكلام فى نظرية التـكييف ، و يرى Savigny أن الشكل هو مظهر الارادة الخارجى وفقا للأوضـاع التى يقررها المشرع . فالنصوص القانونية المحلية المتعلقة بالعناصر الخارجية للتصرف هى التى يؤخذ بها لـكى يكون الشكل صحيحا [١] . لأن هذه النصوص يقصد بها اظهار التصرف واثباته . ومن ثم يجب التميز بين العملية القانونية negotium وأساسها الارادة و بين الوثيقة المثبتة لها instrumentum وأساسها استيفاء شرائط وأشكال معينة ، فالأولى يحكمها قانون الموضوع ، وأما الثانية فيحكمها القانون المحلى ، وترمى هذه الأخيرة الى اعلان الأولى واثباتها . وقد يكون التصرف محتاجا لاظهاره لاجراءات أخرى خلاف الورقة المثبتة له ، كما هى الحال فى الزواج مثلا فى أغلب البلاد الأورو بية اذ يلزم اتباع بعض الاجراءات علاوة على وثيقة الزواج .

ولقد وضع العلامة Merlin تقسيما للأشكال تأثر به القضاء الفرنسى فى

(١) رسالة Silz . السابق الاشارة اليها ١٤ وما بعدها .

أحكامه ، ويتلخص فيما يأتى [١] : فرق الأستاذ بين أربعة أنواع من الأشكال (١) الأشكال المكملة للأهلية les formalités habilitantes وقد رأينا لها مثلا عند الكلام فى أهلية التجار ، اذ يلزم فى بعض الأحيان أخذ اذن بالاتجار بالنسبة للقصر . ويخضع هذا النوع من الأشكال لقانون الجنسية أو الموطن ، لأنه متعلق بالأحوال الشخصية وهناك أمثلة أخرى مختلفة ، فالوصى فى مصر لا يمكن أن يتصرف فى عقارات [٢] الا بعد أخذ اذن من المجلس الحسبى .. الخ (٢) الأشكال المتعلقة بذات التصرف f. intrensèques ومدارها وجود السبب أو الموضوع أو الرضا ، وهى تخضع لحكم قانون ارادة المتعاقدين كما رأينا عند Dumoulin (٣) الأشكال الخارجية f. extrinsèques وهى التى تتعلق باظهار التصرف واثباته ad probationem وتخضع لقاعدة . . . Locus [٣] (٤) الأشكال المتعلقة بالتنفيذ وتدخل فيها مسائل المرافعات [٤] والأحكام وتخضع لقانون بلد التنفيذ ، وذلك لأن التنفيذ الجبرى بعيد عن أن يتعلق بالارادة فالتصرف الحاصل قضائيا وليس قانونيا [٥] .

ورغم دقة هذه التقسيمات وصعوبة تحديدها بوضوح فانه توجد مع ذلك

---

(١) انظر دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٤٨ .

(٢) ولكن ماذا يكون الحكم لو كان العقار موجودا فى فرنسا والقاصر ووصيه كذلك وعين هذا الأخير بمعرفة المحاكم الفرنسية ، فهل يتبع هنا حكم القانون الفرنسى أو القانون المصرى ؟ فى اعتقادى أن الأفضلية للتشريع المصرى الا اذا مست الحاجة الى الاسراع فيرجع الى التشريع المحلى اذا كان يستلزم اجراءات مماثلة لنظيراتها الواردة فى التشريع المصرى كأخذ اذن من المحكمة مثلا وعندئذ يتبع . انظر مؤلفنا . ٢٨٤ هامش (٣) .

(٣) انظر رسالة Silz السابق الاشارة اليها . ١٠٣ وما بعدها . وذلك كوجوب أن يكتب العقد شخص معين وأن يشهد عليه عدد معين من الشهود ، وأن يكتب فى وقت مخصوص . انظر Demogue, 1. N. 211.

(٤) رسالة Silz . ١١٨ وما بعدها و ١٧٨ وما بعدها .

(٥) قارن هذا التقسيم بما وضعه Pillet-Niboyet . ٦٥٤ و Poullet . ٣٤٢ . و Laurent . ٢ . ٤٥٤ وبالنسبة لاجراءات التنفيذ رسالة Silz . ١٩٢ .

أشكال أخرى أهمها الأستاذ كالأشكال المتعلقة بعلانيـة التصرفات [١] وذلك كالتسجيل مثلا فى مصر فمن المتفق عليه أنها تخضع للقانون الاقليمى وهو قانون موقع العقارات ،وكذلك رأينا فى الأشكال المكملة للأهلية أنه تحيط بها اجراءات، وهذه الاجراءات تخضع للقانون المحلى وهو هنالك قانون القاضى على النحو الذى أوضحناه . وعلى العموم فان التفرقة بين الشـكل والموضـوع تدق فى بعض الأحيان [٢] ، وتشهد بذلك أحكام القضاء .

٢٦٧ — وقد يبدو نطاق تطبيق هذه القاعدة عاما وشاملا لـكل التصرفات القانونية ، ولـكن مع ذلك فالاستثناآت التى تعتورها كثيرة مما يقلل من أهميتها بشكل ظاهر . وعلى العموم ، فان نطاقها مقصور على التصرفات الداخلة فى القانون الخاص ، واذا رجعنا الى أحكام المحاكم المختلطة وجدنا أحكاما كثيرة قد أخذت بها فيما يتعلق بشكل الأوراق التجارية [٣] وحوالة الديون ومسـائل الأحوال الشخصية التى ذكرتها من قبل .

وأرى بهذه المناسبة أن أوجه الأنظار الى نص المادة ٦٨١ م . م وقد اشترط لوجود عقد الرهن الرسمى أن يكون قد تم فى أحد أقلام المحاكم المختلطة. و يستفاد من ذلك أن عقد الرهن الرسمى hypothèque المعقود فى الخارج لا يكون صحيحا حتى ولو تم طبقا للشكل الرسمى الأجنبى ، وهذا استثناء يدخل على القاعدة .

ولقد حصل التساؤل بعد صدور قانون القنصليات فى ٥ أغسطس ١٩٢٥ [٤] عما اذا كان من الممكن اجراء رهن رسمى بين مصرى وأجنبى فى احـدى

---

(١) انظر Bartin . ٢ . ٤٧٠ .

(٢) قارن نقض فرنسى ١٣ ابريل ١٩٣٢ . دالوز ١٩٣٢ . ١ . ٢٩ .

(٣) انظر Bartin . ٢ . ٤٧٥ و١١ مايو ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٤٦٧ و٢٩ مارس ١٩١٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٢٧٣ وقارن ١٨ نوفبر ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٤ . ١٤ .

(٤) قارن Pillet-Niboyet . ٦٥٨ و٦٧١ ومؤلف Pillaut المعنون « Manuel du droit consulaire » ويقع فى جزئين . وانظر أيضا موسوعات القانون الدولى تحت كلمة « Consuls » .

القنصليات المصرية فى الخارج . فأفتى الدكتور الزينى[١] بعدم جواز ذلك لأن قانون القنصليات لم يعرض على محكمة الاستئناف المختلطة للموافقة عليه حتى يكون ساريا على الأجانب[٢] . واذا رجعنا الى نصوص القانون السالف الذكر وجدناها خالية من الاشارة الى اباحة مثل هذا العقد ، كما أن مرسوم ٢٨ أكتوبر ١٩٢٥ الخاص ببيان الرسوم الواجب تحصيلها بمعرفة القنصليات نظير عمليات التوثيق أغفل ذكر الرهن الرسمى مكتفيا فقط بالرهن الحيازى gage . والحكمة فى ذلك على ما يظهر أنه لتمام عقد الرهن يلزم اتباع اجراءات كثيرة لا يمكن القيام بها فى القنصليات المصرية فى الخارج . وفى اعتقادى أن المشرع المصرى قد تأثر هنا بالنص الفرنسى للمادة ٢١٢٨ فقلده ، وفاته أن هذا النص منتقد فى فرنسا ، وأن علة وجوده على هذا الشكل مرجعها اعتبارات تاريخية نسى المشرع الفرنسى أنها قد زالت من الوجود[٣] .

---

(١) انظر مذكراته ٢٣٢ ومؤلف الأستاذ رياض . ٢ . ٢١٣ هامش ١ . وكامل مرسى بك « التأمينات » . ٢٧٧ .

(٢) ويلاحظ على الحجة التى اعتمد عليها الأستاذ الزينى أنها تجعل الجواز أو عدمه معقودا بعرض الأمر على محكمة الاستئناف المختلطة ، ولم يكن من المعقول مطلقا احتراما لسيادة الدولة المصرية أن تعرض الحكومة القانون الخاص بتمثيلها السياسى والقنصلى على الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة . ونحن نذهب الى أكثر من ذلك فنقرر أن المشرع المصرى يملك سلطة اعطاء القنصليات المصرية فى الخارج حق التوثيق حتى فى الرهن الرسمى دون حاجة للرجوع الى محكمة الاستئناف المختلطة ، لأن النص التشريعى فى هذه الحالة لا يقصد به تعديل النص المدنى المختلط اذ المراد هو اعطاء السلطات القنصلية مكنة التوثيق فى الخارج لا فى الداخل . ومن المعلوم أن نصوص الامتيازات وكذلك نصوص التشريع المختلط لم يقصد بها أصلا الحد من سلطان المشرع المصرى فى وضع نصوص تنفذ خارج مصر خصوصا اذا كانت هذه النصوص ترمى الى تسهيل التعامل بين الناس بشأن العقارات المصرية ، ولا يقصد بها الفصل فى منازعات قضائية ، حتى يمكن أن يتصور المساس بحقوق الأجانب المكتسبة وفقا للامتيازات . قارن Valéry ٥٥٨ وما بعدها . وقارن Pillet-Niboyet . ٦٦٢ .

(٣) انظر Pillet-Niboyet . ٦٦٣ .

والخلاصة أن الرسمية السالفة متعلقة بانعقاد عقد الرهن ، لأن الشارع قصد بها حماية المدين ضد التسرع أو عدم التبصر بالعواقب ، فهى من هـذه الوجهة تشبه الرسمية فى عقد الهبة بعض الشبه ، ومع ذلك فان الشارع لم يتشدد فى هذه الحالة الأخيرة فلم يستلزم ضرورة حصول الاجراءات المتعلقة بها فى قلم كتاب المحاكم الموجودة فى مصر ، وقد رأينا فيما مضى أنه يصح اتباع الشكل الرسمى الموجود فى تشريع أجنبى متى تم عقد الهبـة فى الخـارج ، بل وأكثر من ذلك توسعت المحاكم الفرنسية واعتبرت أن الهبة صحيحة اذا تمت وفقا للشكل المحلى ولو لم يكن شكلا رسميا[1] بالمعنى المفهوم فى التشريع الفرنسى .

٣٦٨ — ولقد قام الخلاف[2] حول طبيعة قاعدة Locus وهل هى قاعدة اختيارية أو الزامية ؟ تقرر بعض التشريعات ، كالتشريع الانجليزى ، أن هـذه القاعدة الزامية ، و يؤيد هـذا الرأى جانب من رجال الفقه ، ولـكن الأغلبية الساحقة من رجال الفقه وأحكام المحـاكم والتشريعات تقرر أن هـذه القاعدة اختيارية ، وهذا الرأى هو المتبع فى مصر . فاذا اختير الشكل المحلى فلا بد أن يتم صحيحا . ومن المقرر أن الأخذ بهذه القاعدة يكون اجباريا فى أحوال اختلاف الجنسية بين المتعاقدين ، اذا كان التوفيق بين الشكلين الواردين فى قانونهما متعذرا ، وظاهر أن فى ذلك مخالفة لما هو متبع فى مصر بالنسبة للتصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، اذ يتم التصرف وفقا للشكلين ، ومع ذلك فقد استلزم بعض الأحكام المختلطة استيفاء الشكل المحلى فى مثل هـذه الأحوال باعتباره ملزما ، وهذا اذا تعلق الأمر بالتصرفات المالية التى تخضع للقانون المختلط[3] .

---

(١) انظر Précis Dalloz • نبذة ٣١٥ .

(٢) وهذا الخلاف قديم • دالوز ٣٤٤ . و Arminjon . ٢ . ١١٥ و Westlake . ٢٨١ و Valéry . ٥١٢ • وقارن رسـالة André Tiran . ٣٦ . ودروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ١٥٣ حيث يفرق بين التصرفات الرسمية والتصرفات الأخرى . وراجع فى ذلك أيضا Précis Dalloz . ٢٤٨ — ٢٥٠ .

(٣) ٢٩ مارس ١٨٩٤ • م . ت . م . ٦ . ٢٣٢ .

وأستلفت الأنظار بهذه المناسبة الى أن نظام الامتيازات يؤثر فى طبيعة القاعدة فى مصر ، و بيان ذلك أن التصرف عندنا يعتبر صحيحا شكلا ، اذا تم فى الخارج وفقا للشكل المحلى الأجنبى ، وكذلك اذا تم فى مصر وفقا للشكل المقرر فى قانون جنسية الأشخاص (١) . وفى النهاية يعتبر التصرف صحيحا وفقا للشكل المحلى فى مصر سواء تقرر هذا الشكل فى القانون المختلط أو فى قوانين أخرى كالاشهادات الشرعية وحجج الوقف وحجج الأراضى الخراجية (٢) الخ .

٢٦٩ — أما الاستثناءات (٣) التى تدخل على القاعدة فتتلخص فيما يأتى :

أولا — الاستثناء الخاص بشكل عقد الرهن الرسمى وسبق أن أشرت اليه .

ثانيا — اذا تعلق التصرف بعقارات (٤) واستلزم قانون موقع العقار شكلا معينا وجب اتباعه ، ومثال ذلك القانون الانجليزى الذى يستلزم حتما وجود كتابة مثبتة للتصرف فى العقار بصرف النظر عن الجهة التى تم فيها التصرف . وتلحق بذلك اجراءات العلانية .

وتلحق بالاستثناءات السالفة استثناءات أخرى أساسها تطبيق فكرتى النظام العام والغش نحو القانون وسنعود اليها فيما بعد .

---

(١) قارن Messina ٢ . ٨٥ . وقارن حكم ١٧مايو ١٨٩٦ المشار اليه فى بسطوروس . ٥٠١ . نبذة ٢٣ .

(٢) وذلك وفقا للنظام القديم أى قبل الاصلاح . بسطوروس . ١ . ٤ .

(٣) انظر Arminjon . ٢ . ١٤٥ . وما بعدها .

(٤) كما هى الحال فى مصر أيضا ، انظر ٢٢ يناير ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٤ . ٨٥ وكان ذلك بشأن وقف العقارات المصرية ، اذ لا يصح وقفها شفاهة بل لا بد من اشهاد يتم أمام القاضى الشرعى المصرى انظر المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وكذلك بالنسبة لبيع العقارات وفقا لقانون التسجيل الجديد اذ القرار الصادر بتنفيذه فى ١٢ يوليه ١٩٢٣ يستلزم ضرورة الكتابة على ورق خاص . وفى ذلك ما يعطل الأخذ بقاعدة Locus ولكن لا يمنع من تمام البيع فى عقد عرفى وأخذ حكم فيما بعد من المحاكم بصحته على أن يسجل هذا الحكم كى تنتقل الملكية .

٢٧٠ — ولقد انتقد بعض الكتاب وعلى الأخص Valéry [١] الأخذ بهذه القاعدة، فقال باعتبار الشكل الذى يستلزمه قانون بلد التنفيذ، ولم يبح الأخذ بالقاعدة الا فى أحوال استثنائية، ولكن رأيه مهجور، لما قدمته من أسباب. وكذلك قال العلامة Savigny بأن شكل التصرفات يخضع للقانون الذى يحكم هذه التصرفات [٢] ولكنه مع ذلك أجاز الأخذ بقاعدة ... Locus بصفة اختيارية. كما أن من المؤلفين من قال بالأخذ بقانون الجنسية بصفة أصلية وبقانون المحل بصفة تبعية [٣].

٢ — المسئولية المدنية الناشئة عن أفعال [٤]

٢٧١ — من المعلوم وفقا لمبادىء القانون المدنى أن أساس المسئولية الناشئة عن أفعال هو الخطأ faute الحاصل من جانب فاعل الضرر [٥]، وأن هناك اختلافات حول تقسيم الخطأ الى تقصيرى وتعاقدى، فمن الكتاب من يقول بوحدة الخطأ ومنهم من يقول بازدواجه، ولا نزج بأنفسنا هنا فى تفصيل هذه الخلافات، ولكنا نعتقد أنه فى مسائل تنازع القوانين يحسن بنا الأخذ بالنظرية التى تقول بازدواج الخطأ، لأن القانون الذى يحكم آثار العقود مختلف تمام الاختلاف

---

(١) راجع مؤلفه نبذة ٣٨٤ وما بعدها و Arminjon . ٢ . ١١٨ .

(٢) وقد تبعه فى ذلك التشريع الألمانى، انظر نص المادة ١١ من مقدمته اذ أخذت بهذا المبدأ . وانظر قبله . ١٣٨ .

(٣) انظر Précis Dalloz . ٢٥٠ .

(٤) انظر فى الموضوع . Arminjon . ٢ . نبذة ١٢٠ و Pillet-Niboyet . ٦١٦ وما بعدها و Weiss المختصر الطبعة التاسعة ٥٨٢ وما بعدها . وموسوعة القانون الدولى تحت اصطلاح Délit et quasi-délit ومقال H. Mazeaud . مجلة القانون الدولى الاتفادية . ١٩٣٣ ٣٧٧ وما بعدها . ومقال Perroud . Clunet . ١٩١٢ . ٣٨٥ .

(٥) قارن Bartin . ٢ . ٣٩٣ وما بعدها . و Planiol . ٢ . نبذة ٨٧٧ .

عن القانون الذى يحكم الجنح وأشباه الجنح ، اذ تخضع للقانون المحلى[(١)] أى قانون محل حدوثها[(٢)] ، نعم الارادة موجودة فى العقود والجنح على السواء ولكن لا يغيب عن الذهن أنه يوجد فى العقود ، توافق بين الارادتين ، وأما فى الجنح وأشباهها فالتوافق معدوم ، بل قد تنعدم نية الاضرار فى بعض الأحوال ، وعلى الأخص اذا أخذنا بنظرية تحمل التبعة théorie des risques . والأساس الحقيقى للحكم بالتعويض عن الأفعال الضارة قواعد الآداب لذلك كان من الطبيعى أن يتنازع حكم هذه المسألة قانون محل الحادث وقانون القاضى .

٢٧٢ — فاذا وقع فعل ضار فى بلد ما وعرض النزاع بشأن المسئولية الناجمة عنه أمام محاكم بلد آخر ، فأى قانون تطبقه هذه المحاكم ؟ من المقرر أنه اذا عرض النزاع أمام محاكم البلد[(٣)] الذى وقع فيه فان هذه المحاكم ستطبق القواعد المقررة فى تشريعها دون النظر الى قانون جنسية الفاعل أو المصاب . وأساس الأخذ بهذا القانون لا يرجع لكونه متعلقا بالنظام العام ، وانما يرجع الى التزام الدولة بتأمين الناس على اقامتهم فى أراضيها ، أو بعبارة أخرى الى فكرة الأمن المدنى خصوصا أن محاكم هذا البلد أقدر على تحقيقه . والفارق بين الأمرين ، أننا اذا قلنا بتطبيق القانون المحلى بناء على فكرة النظام العام أصبح الأخذ بهذا القانون حاصلا عن طريق الاستثناء لا عن طريق تطبيق المبادىء ، اذ يكون المفروض عندئذ تطبيق قانون آخر ثم استبعاد هذا القانون لمخالفته للنظام العام وفقا لقانون القاضى الذى يندمج هنا مع القانون المحلى ، ولكن اذا قلنا بتطبيق القانون المحلى دائما فانا نرجع اليه سواء كان قانون القاضى أو لا . وهذا هو الرأى المتبع علما وعملا . نعم ان القانون الاقليمى ينطبق من الوجهة الجنائية

---

(١) قارن Bartin . ٢ . ٥٠٤ حيث يبحث أحوالا تجتمع فيها المسئوليتان وحكم ذلك فى تنازع القوانين .

(٢) H. Mazeaud مجلة القانون الدولى الانتقادية ١٩٣٤ . ٣٧٧ — ٣٩٣ .

(٣) Bartin . ٢ . ٣٩٩ والأحكام الفرنسية التى تناولها بالتحليل .

للاعتبارات المتعلقة بالنظام العام وضرورة سيادة الدولة فى اقليمها ، ولكن القانون المحلى انما يطبق للاعتبارات السابقة . أما اذا عرض النزاع أمام محكمة بلد آخر فالمفروض أن هذه المحكمة تطبق قانون محل الحادث لا قانون جنسية المتنازعين ولا قانونها الخاص . ومجال تطبيق القانون المحلى هنا عام[١] فيشمل تحديد عناصر الجنحة وكذلك تحديد عناصر الخطأ وآثاره أى التعويض . ومن المعلوم أن من عناصر الخطأ الرئيسية ، وفقا للتشريع المصرى الادراك (التمييز) ، أى أن يكون الفاعل مدركا لفعله وذلك بخلاف بعض التشريعات الأخرى التى تعتبر المجنون قادرا على ارتكاب خطأ يسأل عنه فى ماله كالتشريع الألمانى (المادة ٨٢٩ [٢]) وكذلك الشريعة الاسلامية التى تضمن حديث الولادة الأضرار التى تحصل بفعله . فاذا كان محل الحادث فى المانيا مثلا ، فان المحكمة المصرية ستطبق القانون الألمانى حتى لو كان المصاب مصريا وتعتبر الفاعل مسئولا حتى لو كان غير مدرك ، اذ لا مخالفة فى ذلك للنظام العام[٣] . ولكن اذا كان الفاعل مصريا غير مدرك والمصاب ألمانيا وصدر الحكم من محكمة المانية بمسئولية المصرى فانه لا يمكن تنفيذه فى مصر لمخالفته للنظام العام . وكذلك يؤخذ بالقانون المحلى لمعرفة ان كان الفعل جائزا أو غير جائز ، فاذا كان الفعل جائزا وفقا للقانون المحلى وغير جائز وفقا لقانون القاضى فانه يؤخذ بالقانون الأول . وقصارى القول فان المحكمة

---

(١) ولقد قام الخلاف حول تحديد هذا القانون فى الأحوال التى يقع فيها الفعل الضار فى مكان (دولة) والضرر الناجم عنه فى مكان (دولة) آخر . كمن يقلد فى انجلترا بضائع كى تزاحم بضائع ألمانية تباع فى المانيا . فقضت المحاكم الألمانية باتباع قانون محل الضرر أى أنها اعتبرت أن هذا القانون الأخير هو القانون المحلى . وينازع فى ذلك الأستاذ Bartin ويعتبر أن القانون المحلى هو قانون محل حدوث الفعل الضار نظرا للاعتبارات المذكورة فى الصلب بغض النظر عن المحل الذى تحصل فيه نتائجه . ٢ . ٤١٥ وما بعدها ، حيث يرى ضرورة التسوية فى المعاملة بين الجنحة الجنائية والجنحة المدنية .

(٢) ويوجد نص مقابل فى مشروع الالتزامات الفرنسى الايطالى .

(٣) قارن Bartin . ٢ . ٣٩٨ والحكم بالنسبة لمسئولية الأشخاص المعنوية . ٣٩٩ .

المرفوع اليها النزاع [١] تقضى فيه فى الغالب كما تقضى محكمة محل الحادث ، وذلك رغم اتحاد جنسية الطرفين . وقد طبقت المحاكم المختلطة هـذه المبادىء بمناسبة حادثة اصطدام باخرة مصرية بمركب يونانية فى المياه الايطالية فقضت بتطبيق القانون الايطالى [٢] . أما اذا كان التصادم حاصلا فى عرض البحر فيتبع قانون السفينة التى حصل منها الخطأ بناء على المبدأ التصورى الذى يعتبر السفينة جزءا من اقليم الدولة التابعة لها . و يفضل بعض الـكتاب اتباع قانون المحكمة التى رفع اليها النزاع [٣] .

وفى انجلترا لا يرضون بتطبيق القانون المحلى لحـكم الأفعال الضارة اذا كان متعارضا مع قانون القاضى ، كما اذا اعتبر هذا الأخير أن الفعل مباح [٤] .

٣ — قواعد القانون الخاص المنظمة لبعض المهن

RÈGLEMENTATION PROFESSIONNELLE EN DROIT INTERNE.

٢٧٣ — يعمد المشرع فى بعض الأحيان الى تنظيم بعض المهن نظرا لما لها من أهمية فى الجماعة ، فنجد مثلا فى كثير من الدول المتمدينة تشريعا منظما لمهنة الأطباء وآخر لمهنة المحامين . . الخ . ولـكن هذا التنظيم يتم غالبا من وجهة القانون العام ، على أنه لا مانع يمنع من وضع قواعد خاصة بأصحاب هذه المهن وتنظيم

---

(١) وهنـاك صورتان للنزاع فى الموضوع . اذ قد يكون المقصود الحصول على حـكم بالتعويض عن الفعل الضار أو الحصول على أمر بالتنفيذ لحـكم صادر فى هذا الحادث من المحـكمة الأجنبية المختصة .

(٢) محـكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة ٢ فبراير ١٩٢٦ . جازيت . ١٧ . ٣٠٧ وانظر فى هذا المعنى ٣ مارس ١٩٠٧ . م. ت . م . ١٤ . ٢٤٢ ومؤلف Messina . ٢ . ٦٧ . وبالنسبة للقضاء الفرنسى Bartin . ٢ . ٤٠١ وما بعدها . وموسوعة القانون الدولى تحت كلمة Abordage .

(٣) Lerebours-Pigeonnière . دالوز . ٢٥٦ .

(٤) أبو هيف بك بند ٣٩٧ وبالنسبة للحكم المتبـع فى فرنسا . انظر Bartin . ٢ . ٤١١ — ٤١٤ .

شئونهم من وجهة القانون الخاص ، لما فى ذلك من مصلحة محققة . ففى المجموعة المدنية أورد المشرع نص المادة ٢٥٧ / ٣٢٤ م . ا . م حرم به على القضاء ووكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفوكاتية شراء الحقوق المتنازع فيها ، فأصحاب هذه المهن لا يمكنهم مباشرة هذا التصرف والا اعتبر شراؤهم باطلا بطلانا مطلقا ، وحكمة البطلان متعلقة بحسن سير القضاء وضرورة ابعاد رجاله وأعوانهم عن الظنون والشبهات [1] ، فاذا فرض أن تم مثل هذا التصرف فى مصر ، وعرض أمر صحته على محكمة مصرية أو أجنبية فانهما تطبق فى الغالب التشريع المصرى باعتباره التشريع المحلى ، و بناء على ذلك تحكم بالبطلان ولو اتفق الطرفان على عكس ذلك . ولا يغيب عن الذهن هنا أنه اذا كان المشترى أجنبيا فتطبيق هذا النص يقوم على اعتبارين . الأول ، على اعتبار أنه نص القانون المحلى . والثانى ، على اعتبار أن القانون المختلط نافذ على الأجانب لأنه ، كما هو معلوم ، نتيجة معاهدة دولية . وليس هذا النص هو الوحيد فى التشريع المصرى بل هناك نصوص أخرى ، كالمواد الخاصة [2] بتحديد من هو التاجر وغير التاجر وكذلك النصوص التى تعين الشروط اللازم توافرها عند التجار من مسك دفاتر، وعلانية مشارطات الزواج ، هذا عدا الشروط الموضوعية الأخرى . ففى كل هذه المسائل يؤخذ بالقانون المحلى للجهة التى يحصل فيها الاتجار . وهناك أيضا بعض نصوص خاصة بسماسرة البورصات تمنعهم من أن يكونوا طرفا آخر فى عملية تجارية مع عميلهم ، والا اعتبرت العملية باطلة . هذه النصوص كلها ذات صبغة محلية لأنها خاصة بتنظيم حرفة معينة . فاذا عرضت صحة التصرف أمام محكمة أجنبية فانها تقضى عادة بالبطلان وفقا للتشريع المصرى .

٢٧٤ — وتوجد فى التشريعات الأجنبية نصوص مماثلة ، ففى التشريع

---

(١) انظر أحمد نجيب الهلالى بك « البيع » . ٢٥١ .

(٢) انظر الباب الأول من المجموعة التجارية الأهلية والمختلطة .

الفرنسى[١] مثلا وعلاوة على النصوص المماثلة لما تقدم نجد نص المادة ٩٠٩ . م . ف الذى يحرم على الطبيب وممثـل الديانة ministre du culte قبول تبرع من المريض ، اذا كان هذان الشخصين يمارسان مهنتهما فى فرنسا ، فاذا عرض أمر هذا التبرع على محكمة مصرية فانها تقضى ببطلانه وفقا للتشريع الفرنسى . وكذلك يوجد فى فرنسا نصوص قانون سنة ١٨٩٨ الخاص بتنظيم حالة العمال ومسئولية أرباب الأعمـال عن التعويضات عند وقوع الحوادث ، فنصوص هذا القانون محلية أى انه يؤخذ بها كلما كانت الدعوى بين عامل فرنسى أو أجنبى ، ورب عمل فرنسى أو أجنبى ، اذا تم عقد العمل فى فرنسا ، أو كانت ادارة العمـل entreprise فيها[٢] .

٢٧٥ — ومن المنتظر صـدور تشريع منظم لحالة العمال فى مصر أسوة بالتشريع السالف ، فيؤخذ به عندئذ باعتباره قانونا محليا ، ويطبق حتى لو كان محل العمل فى الخارج كالسودان مثلا ، اذ أن أساس تطبيقه ليس الفعل الضار وانما التنظيم الذى ارتآه الشارع لبعض المهن لما فى ذلك من مصلحة ، فيكفى اذن أن ينعقد العقد فى مصر أو تكون ادارة العمل قائمة بها ، ولو كان العمل فى ذاته أو الحادث قد حصل فى الخارج .

المبحث الرابع
فى
تطبيق قانون موقع المـال (القانون الاقليمى)

٢٧٦ — والمال اما أن يكون عقارا أو منقولا ، وعلى كل فاما أن يكون مالا معنويا أو ماديا . ولنبدأ بالكلام فى العقارات .

---

(١) انظر Bartin . ٢ . ٤٨٩ وما بعدها .

(٢) انظر Bartin . ٢ . ٤٩٦ — ٥٠١ والفرض الذى ناقشه فى ٥٠٣ وما بعدها .

٢٧٧ — لم يأت فى المجموعة المدنية مختلطة كانت أو أهلية نص يشير الى القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقارات والحقوق العينية المتعلقة [١] بها ، و يظهر أن المشرع المصرى رأى امكان الاستغناء عن هذا النص ، اكتفاء بما هو مقرر من قديم الزمان من أن العقارات تخضع لقانون موقعها . وهذه القاعدة عالمية مقررة بمقتضى العادات الدولية [٢] . ورغم ما تقدم فقد اختلفت التشريعات فى مدى الأخذ بقانون موقع العقار ، اذ قال بعض الشرائع بتطبيق هذا القانون على كل العلائق التى يمكن أن تتعلق بالعقارات سواء كانت داخلة ضمن الأحوال الشخصية أو ضمن الأحوال العينية . وقال البعض الآخر بالأخذ بمذهب وسط يقضى بتطبيق قانون الموقع فيما يتعلق بالأحوال العينية دون الأحوال الشخصية مع اعتبار المواريث ومشارطات الزواج داخلة ضمن الأحوال العينية . وهناك تشريعات ارتأت ضرورة اتباع التفرقة بين علائق الأحوال الشخصية وغيرها ، فقانون الأحوال الشخصية يحكم العقارات ما دامت هذه الأخيرة داخلة ضمن موضوع تصرف من التصرفات المعتبرة من الأحوال الشخصية ، وتعتبر منها المواريث ومشارطات الزواج ، وهذا ما سار عليه التشريع المصرى [٣] .

٢٧٨ — والظاهر أنه فى الأحوال التى يطبق فيها قانون موقع العقار يحدد هذا القانون مدى الحقوق التى يمكن أن تترتب على هذه العقارات ، وما تعطيه لأصحابها من حقوق وميزات ، سواء كانت تلك الحقوق العينية أصلية كحق انتفاع ،

---

(١) ما عدا نص المادة ٧٧/٥٤ م ٠ ١٠ م ٠ وسبق أن أشرنا اليه . انظر Mossina ٢ . ٣٩ و Lainé . ٢ . ٢٤٥ وما بعدها .

(٢) قارن Makarov . ٢٦٦ و Pillet-Niboyet . ٣٦٠ ودروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه . ١٩٣٥ . ٣٦ وما بعدها .

(٣) راجع فى مقارنة الشرائع Makarov . ٢٦٧ — ٢٦٩ وأيضا Weiss . ٤ . ١٦٨ — ٢٨٤ و Dicey . ٥١٣ — ٥٣٩ و Niboyet ٦٣٠ — ٦٣٢ والأحكام الكثيرة التى أشار اليها و Arminjon . ٢ . ٥٩ .

أو تبعية لحق رهن ، وسواء أكانت هذه الحقوق مادية أو معنوية ، وكذلك يرجع الى قانون موقع العقار لمعرفة اجراءات العلانية الواجبة الاتباع ، لتحديد وقت انتقال الملكية ، وهل يتم بمجرد التعاقد فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير[1]؟ وهل يشترط التسليم أو لا ؟ كما أنه يرجع الى هذا القانون لمعرفة قوة شرط عدم التصرف سواء تعلق بأموال الدوطة أو بغيرها . وقد رأينا أنه على هذا الأساس حكمت المحاكم المختلطة فى الكثير من أحكامها بعدم الأخذ بعدم التصرف الناجم عن نظام الدوطة فى مصر[2] ، وعلى هذ الأساس أيضا رفضت الاعتراف بالرهن القانونى لمصلحة الزوجة أو القاصر . ومما لا جدال فيه أنه يؤخذ بقانون موقع العقار لمعرفة مدد التقادم اللازمة لاكتساب الملكية ، كما أنه يحدد طرق اكتساب الملكية أخرى .

٢٧٩ — وأساس تطبيق قانون موقع العقار يرجع عند البعض الى اعتبارات متعلقة بالسيادة ، فالدولة لا يمكن أن تترك الحكم فيما يتعلق بعقاراتها ، أو بعبارة أخرى باقليمها الى تشريعات أجنبية مختلفة ، وقد رأينا أنه فيما يتعلق بتكييف الأموال يرجع الى قانون موقع المال ، فهذا القانون ، هو الذى يبين ان كان المال عقارا أو عقارا بالتخصيص أو منقولا . و يرى الكثير من الكتاب[3] بهذه المناسبة أنه بجانب اعتبارات السيادة توجد اعتبارات أخرى أكثر أهمية هى الطمأنينة اللازمة فيما يتعلق بالمعاملات العقارية ، فللمحافظة عليها يجب أن نطبق قانون موقع العقار .

---

(١) Pillet-Niboyet . ٦٣٣ — ٦٣٤ ودروس Lévy-Ullmann · الدكتوراه ١٩٣٥ . ١٠٦ وما بعدها .

(٢) قارن فى فرنسا دروس Lévy-Ullmann السابق الاشارة اليها . ١٢٥ وما بعدها .

(٣) انظر Messina . ٢ . ٢٨ — ٢٩ و Pillet-Niboyet . ٦٣١ — ٦٣٢ حيث يقرر أن تطبيق قانون الموقع هو ما تقضى به طبيعة الأمور · و Arminjon . ٢ . ٥٤ ودروس Lévy-Ullmann الدكتوراه . ١٩٣٥ . ٥٤ وما بعدها ·

٢٨٠ — فالأفضل اذن أن العقارات المصرية تخضع للقوانين المصرية أهلية أو مختلطة على حسب الأحوال[١] . ومن المعلوم أن الفوارق ليست كبيرة بين الاثنين ، ولم يمنع ذلك من التنازع فى بعض الأحوال كما سنرى فيما بعد .

واذا كانت العلائق المتعلقة بعقار حاصلة بين أجانب متحدى الجنسية ، فانها تخضع للقانون المدنى المختلط ، لأن الاختصاص هنا للمحاكم المختلطة ، هذا من جهة (المادة التاسعة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة) ، ومن جهة أخرى فقد رأينا أن قانون موقع العقار هو الواجب الاتباع وفقا للمبادىء المقررة فى القانون الدولى الخاص[٢] .

ومن أهم القوانين العقارية فى مصر لائحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤[٣] التى أخضعت الأجانب الذين يملكون عقارات فى مصر لجميع اللوائح الخاصة بهذه العقارات أسوة بالمصريين تماما . وسواء تعلقت اللوائح بالضبط أو بالربط أو لا .

٢٨١ — ومن أحكام المحاكم المختلطة أنه اذا استلزم القانون النمساوى ضرورة التسليم فى العقارات لانتقال الملكية فان هذا الشرط لا يعمل به بالنسبة للعقارات الكائنة فى مصر[٤] . وكذلك حكمت بأن تحديد نطاق الحقوق العينية التى يمكن أن ترتب على عقار من شأن قانون موقع هذا العقار[٥] . وحكمت أيضا

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٠٢ . م٠ت٠ م . ١٤ . ٨٥ .

(٢) ولم يكن هذا الرأى متبعا قبل الاصلاح بل كانت العقارات المصرية تخضع للقوانين المختلفة التى لا تقل فى عددها عن عدد المحاكم القنصلية الموجودة فى مصر ٠ وانظر حكم ٢٥ مارس ١٩٢٢ . م ٠ ت ٠ م . ٣٤ . ٢٤٧ ٠ وكذلك مؤلفنا ٠ بعده .

(٣) انظر ٣ ابريل ١٨٩٠ . م ٠ ت ٠ م . ٢ . ١٨١ ٠

(٤) ٢٨ نوفمبر ١٨٨٨ . ت ٠ م . ١ . ٣٤٠ ٠ وأخيرا حكم استئناف مختلط ١١ ابريل ١٩٣٥ Clunet . ١٩٣٥ . ٦٠ . ١ وطبق القانون الألمانى على الأساس السابق ٠

(٥) ٢٣ مارس ١٩٠٤ . م ٠ ت ٠ م . ١٦ . ١٦٣ ٠

بأن الأخذ بالشفعة [١] ، وكذلك التملك بالتقادم المكسب من اختصاص قانون موقع العقار [٢] ، وان انشاء الوقف من شأنه حبس العين ومنع التصرف فيها فلا بد لذلك من اتباع الاجراءات المنصوص عليها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أى أنه لا بد من عمل حجة أمام قاض شرعى مصرى ، فاذا تمت أمام قاض تركى فهى باطلة [٣] ، وذلك طبعا استثناء من قاعدة Locus . وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الاختصاص المسجل فى قلم كتاب المحكمة الأهلية وفقا للمادة ٥٦٥ مدنى أهلى لا ينتج آثاره بالنسبة للدائنين الأجانب الا اذا سجل فى قلم كتاب المحاكم المختلطة ، اذ لا يمكن لهذه الأخيرة أن تعترف بحق أفضلية لم تتبع بشأنه اجراءات القانون المختلط [٤] .

٢٨٢ — فاذا كان المال منقولا ، فان القانون الواجب التطبيق بالنسبة لانتقال ملكيته ، وللحقوق العينية التى يمكن أن تترتب عليه هو قانون الموقع الحقيقى لهذا المال [٥] . ولكن الصعوبة بالنسبة للمنقول تنشأ عن سهولة نقله من مكان الى آخر فهل يتغير القانون بهذا الانتقال أو لا ؟ من المتفق عليه بصفة أصلية هو احترام قانون الموقع السابق ، وهذا الحكم تطبيق لفكرة احترام الحقوق

---

(١) ٢٥ ابريل ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩ . ١١٩ .

(٢) ٣١ اكتوبر ١٩١٦ . م . ت . م . ٢٩ . ٢٧ .

(٣) ٢٢ يناير ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٦ . ١٦٣ .

(٤) ١٦ ديسمبر ١٨٩١ . م . ت . م . ٤ . ٥٣ و٢ مايو ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٣٧٦ .

(٥) مؤلف Donnedieu السابق الاشارة اليه . ٦٤ . وPillet-Niboyet . ٣٦٠ . وهذه القاعدة غير مقررة تشريعيا لا فى فرنسا ولا فى مصر ومع ذلك مأخوذ بها باطراد على خلاف المقرر فى نظرية الأحوال التى تقول بخضوع المنقولات لقانون موطن مالكها Surville . ٢٦٧ وقد تقررت القاعدة فى بعض التشريعات الحديثة فنجدها فى التشريع اليابانى المادة ١٠ والتشريع البولونى المادة ٦ . راجع Makarov . ٢٦٨ والقاعدة مقررة أيضا فى القانون الانجليزى Dicey . ٥٦١ . وكذلك يعين قانون هذا الموقع كل الأعباء التى يمكن أن تقرر على المنقولات فتمنع من التصرف فيه أحيانا Valéry . ٦٢٣ ومؤلفنا . ٢٢ .

المكتسبة المقررة فى القانون الدولى الخاص [١] .

ويطبق قانون موقع المنقول عليه باعتباره منقولا منفردا ut singuli أى ليس داخلا ضمن مجموعة من الأموال [٢] ut universitas كما هى الحال فى المواريث فهناك ينطبق قانون آخر وهو قانون الجنسية أو الديانة وفقا للتشريع المصرى ، وذلك بحسب الأحوال .

ويرجع أساس تطبيقه قانون موقع المنقول الى اعتبارات مؤداها أن نظام الملكية فى كل بلد لا بدأن يخضع لقانون هذا البلد ، نظرا لضرورة استتباب الطمأنينة فى المعاملات ، اذ لو أخضعنا المنقولات لتشريعات متعددة مختلفة باختلاف جنسية المتعاملين ، فان ذلك يدعو الى فوضى ضارة ، اذ من المحتمل ألا تتحد الأحكام الخاصة بانتقال الملكية فى القوانين المختلفة ، فالقانون الألمانى مثلا يقرر نقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير بالتسليم ، ووفقا للتشريع المصرى تنتقل الملكية بمجرد التراضى ، فيؤخذ بالقانون الألمانى للمنقولات الموجودة فى المانيا حتى ولو تم التعاقد بين مصريين هنالك . كما يتبع حكم القانون المصرى بالنسبة للمنقولات الموجودة فى مصر ولو كان المتعاقدان المانيين ، ولا ينفى هذا أن الاختصاص هنا مقرر للمحكمة القنصلية ، اذ تجب التفرقة بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . وكذلك اذا عرض نزاع من هذا النوع على المحكمة القنصلية الايطالية فعليها أن تطبق قواعدها فى تنازع القوانين [٣] ، فاذا

---

(١) ومن المقرر فى هذا الصدد أن المشرع المصرى أخضع المنقول لقانون موقعه فيما يتعلق بنظام الملكية تقليدا منه للقضاء الفرنسى والتشريع الايطالى ، اذ لو كان قد أراد مخالفتهما كان عليه الاتيان بنص صريح . Messina . ٢ . ٣١ .

(٢) وكذلك كما هى الحالة بالنسبة للأحوال التى تنظم حالتها مشارطات الزواج .

(٣) وتقضى هذه القواعد بأن المنقول يخضع لقانون جنسية مالكه ما لم يتعارض مع نصوص قانون موقعه ، المادة السابعة من التشريع الايطالى . وتفسر بأن قانون الجنسية يحكم الأهلية والحقوق العائلية بشأن المنقول أما قانون الموقع فيحكم كل الحقوق العينية التى يمكن أن تترتب على المنقول . راجع Messina . ٢ . ٣٠ .

قضت هذه القواعد بتطبيق قانون موقع المال وهو القانون المصرى وجب الأخذ به. ولكن ما هو ذلك القانون؟ فى اعتقادنا أنه القانون المختلط دون القانون الأهلى، لأن القانون المختلط هو الذى يطبق بحسب الأصل بالنسبة للأجانب. على أن هذا الرأى لم يصادف هوى فى نفس الأستاذ Smyriniadis[١]. فقال بضرورة تطبيق قانون جنسية المتعاقدين عند اتحادها وفقا لما تقضى به الامتيازات الأجنبية[٢]، ونرى أن الطمأنينة فى المعاملات تقضى بتطبيق قانون موقع المنقول، وأن هذه الاعتبارات أقوى من الاعتبارات المتعلقة بالامتيازات فيلزم احترامها خصوصا اذا لاحظنا ماسبق أن قلناه من أنه لاتلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى بالنسبة للمحاكم القنصلية وهى محاكم زمنية. وفى رأى المرحوم أبى هيف بك[٣]

---

(١) مقاله السابق الاشارة اليه وأيده فى رأيه الاستاذ الزينى اذ يرى أن القول بعكس ذلك يجعل امتياز الأجانب فى هذه الحالة لغوا !! راجع مذكراته . ٢٢٤ .

(٢) ويلاحظ أنه لوأخذنا هنا بالاحالة لانتهينا الى تطبيق قانون موقع المال غالبا لأن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه مقررة بطريقة عالمية تقريبا .

(٣) مؤلفه . ٥٤٨ ويقول برأى الأستاذ الزينى مع تعديل طفيف الأستاذ عبد المنعم رياض ، ففرق بين ما اذا كان التعامل حاصلا بين الأجانب الخاضعين للامتيازات وبين الأجانب غير الخاضعين للامتيازات. فقال ان الأول لايخضعون للقانون المصرى بالنسبة لتصرفاتهم فى المنقولات بخلاف الآخرين . وظاهر أن هذا الرأى يحمل نفس المساوىء ، ولكن فى نطاق أضيق اتساعا (مؤلفه . ٢ . ٢٣٠) . ونعتقد أن مجال الأخذ بهذا الرأى هو الأحوال التى لا يكون فيها قانون موقع أصلا نظرا لانعدام سيادة الدولة أو وجود قانون استعمارى فى بلد غير متمدين . قارن Pillet-Niboyet . ٦٣٧ . انظر مع ذلك Arminjon . ٢ . ٥٥ حيث يشير بطريقة مجملة ومبهمة الى وجهة نظر عكسية بالنسبة لمصر . وانظر كذلك Dicey . ٨٧٣ الذى يشير باتباع القانون الانجليزى بالنسبة للانجليز اذا كان المنقول موجودا فى بلد غير متمدين ، وهم فى انجلترا منذ سنين يقرون أن مصر بلد متمدين كما سنوضحه فيما بعد (قضية كازداغلى) . ونوجه النظر فى النهاية الى أن الأخذ بتطبيق قانون الجنسية على الأساس السابق يستدعى حتما اخضاع التكييف لحكم هذا القانون . وقد تختلف فى ذلك التشريعات المختلفة فيعتبر المال الواحد فى مصر منقولا أو عقارا ، أو عقار بالتخصيص على حسب الأحوال!! وماذا يكون مآل الحقوق المكتسبة هنا فى حالة التصرف الى شخص ثالث ؟

أن المنقولات تخضع لحكم قانون ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية فاذا لم تتبين تلك الارادة طبق القانون المصرى ، ونحن لا نقر هذا الرأى لما فيه من خطورة على سلامة المعاملات .

٢٨٣ — قلت ان المنقولات تمتاز بسهولة نقلها من مكان الى آخر أى أنها تغير موقعها ، فأى قانون هو الواجب التطبيق عندئذ ، هل هو قانون الموقع القديم أو قانون الموقع الجديد ؟

اذا كان المنقول فى بلد كمصر يعترف فيها القانون بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ٤٦/٦٨ . مدنى ثم نقل المنقول منها الى بلد آخر كاسپانيا لا يعترف تشريعه بالقاعدة السالفة بل يجيز استرداد المنقول فى مدة ثلاث سنوات فماذا يكون الحكم ؟ المسألة خلافية [١] ، وعندنا أنه يجب فى هذه الحالة احترام الحقوق المكتسبة للمشترى وفقا للقانون المصرى . وعلى العكس من ذلك اذا كان التصرف قد حصل فى اسپانيا ونقل المشترى المنقول الى مصر ، فان دعوى الاسترداد تكون مقبولة ضد هذا المشترى فى خلال الثلاث سنوات وفقا للقانون الاسپانى وذلك احتراما للحقوق المكتسبة . ويرى أن القانون المطبق فى الحالتين هو قانون الموقع القديم . ولكن مع ذلك يجب تطبيق قانون الموقع الجديد بالنسبة لهذا المنقول فى البلد الجديد اذا كان مشترى المنقول ، الذى أحضر من اسپانيا ، قد تصرف فيه بطريق البيع الى مشتر ثان ، فلهذا المشترى الحق فى الاستفادة من قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لأن القاعدة وجدت حماية لهذه التصرفات ، أى أن تطبيقها اقليمى من هذه الناحية ولا محل هنا لاحترام الحقوق المكتسبة وفقا لقانون الموقع القديم [٢] .

---

(١) ويرى Savigny وجوب تطبيق قانون المحكمة المرفوع اليها النزاع دائما . ٨ . ١٨٥ وقارن الأستاذ الزينى . مذكرات . ٢٢٥ .

(٢) قارن Surville . ٢٨٣ . وعندنا أنه لا داعى هنا للاستناد على فكرة النظام العام لاستبعاد حكم قانون الموقع القديم ، لأن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية قاعدة اقليمية للأسباب التى بنيت عليها ، وهى ضرورة استتباب الطمأنينة فى المعاملات . وراجع تطبيق الرأى الذى نقول به بالنسبة لرهن المنقول حيازيا . نفس المرجع . ٢٨٤ .

وتطبيقا على ما تقدم لا يطبق قانون الموقع القديم اذا كان الحق لم يكتسب تحت سلطانه . والمراد بالحق المكتسب هنا ، ذلك الحق الذى تكاملت كل عناصره بصفة قطعية قبل انتقال المنقول . فاذا كان المنقول موجودا فى الأصل فى سويسرا مثلا ، ويقتضى تشريعها التسليم لانتقال الملكية للمشترى ، فلا بد من حصول هذا التسليم قبل خروج المنقول ، لكى يمكن اعتبار المشترى مالكا ، فاذا لم يحصل ، وباع البائع المنقول مرة ثانية فلا يعتبر أنه قد باع ملك الغير . وعلى العكس من ذلك فان التشريع المصرى لا يستلزم التسليم لانتقال الملكية فى المنقول بل يكتفى بمجرد الايجاب والقبول ، فاذا خرج المنقول من مصر قبل التسليم فيمكن للمشترى استرداده من تحت يد البائع الذى انتقل به الى بلد آخر يستلزم تشريعه التسليم لانتقال الملكية .

فاذا كان المنقول الذى غير موقعه مسروقا أو ضائعا ، فمن المعلوم أنه وفقا للتشريع المصرى يجوز الاسترداد من المشترى فى خلال ثلاث سنوات تحسب من وقت السرقة أو الضياع ، فاذا كان الموقع الجديد هو ايطاليا ووفقا للتشريع الايطالى يسقط حق الاسترداد بعد مضى سنتين (٢١٤٦ مدنى ايطالى) ، فالظاهر هنا وجوب تطبيق قانون الموقع الجديد اذا كان التصرف قد تم فى ايطاليا ، وقانون الموقع القديم اذا كان التصرف قد حصل فى مصر ثم نقل المنقول الى ايطاليا (١) .

ومن المسائل التى أثارت الخلاف مسألة تملك المنقول بالتقادم المكسب فى حالة ما اذا نقل المنقول من مكان الى آخر ، فوفقا لأى قانون تحتسب هذه المدة فى حالة اختلاف التشريعات ؟ من المعلوم أن هذه المدة فى مصر خمس عشرة سنة ولكنها وفقا للتشريع النمساوى ثلاث سنوات ، ووفقا للتشريع الألمانى عشرة سنوات . فاذا فرض أن وجد المنقول فى أول الأمر فى النمسا ثم نقل بعد ذلك الى مصر ، فاذا كان نقله قد تم بعد انقضاء الثلاث سنوات فان لواضع اليد الحق

---

(١) قارن Surville . ٢٨٣ .

المكتسب فى الملكية اذا تمسك بالتقادم ، أما اذا كان النقل قد تم قبل فوات الثلاث سنوات فان مدة التقادم تحسب وفقا للقانون المصرى . وعلى العكس مما تقدم اذا كان المنقول قد نقل من مصر بعد مضى سنتين الى النمسا فانه يكفى لاكتساب ملكيته بالتقادم مرور سنة أخرى بدون مطالبة . ويظهر أنه يجب اتباع نفس الحكم لو حصل النقل بعد فوات مدة ثلاث سنوات (١) .

واذا كان المنقول مصدرا من بلد الى آخر ومارا ببلد ثابت فى طريقه in transitu فمن المتفق عليه أن القانون الذى يحكم هذا المنقول هو قانون الجهة المرسل اليها باعتباره قانون موقعه الحقيقى والنهائى . فاذا أريد الحجز عليه وهو مار ببلد ثالث فتتبع اجراءات الحجز المقررة فى قانون هـذا البلد وفقا لقاعدة خضوع الاجراءات لقانون بلد القاضى . أما من حيث الملكية فيتبع قانون الجهة المرسل اليها (٢) .

٢٨٤ — والخلاصة ، ان الأصل هو احترام الحقوق المكتسبة على المنقولات وفقا لقانون موقعها السابق الا اذا تعارض ذلك مع النظام العام فى بلد الموقع الجديد أو تنافى مع اعتبارات الطمأنينة فى المعاملات . فمثلا اذا كان قانون الموقع الجـديد لا يعترف بالمبادىء التى يقوم عليهـا التشريع الأجنبى فيما يتعلق بالملكية كالتشريع السوفيتى مثلا فان أحكامه المتعلقة بالمصادرة لا تحترم فى محاكم بلد آخر (٣) ، وكذلك فان نظام رهن المنقول رهنا رسميا hypothèque mobilière لا يعترف به فى مصر لمنافاته للطمأنينة اللازمة فى المعاملات ، كما أن نظام الـ Trust الانجليزى لا يعترف به فى فرنسا ومصر .

ولا جدال فى أن تكييف المال باعتباره منقولا يتم وفقا لقانون الموقع الجديد .

---

(١) قارن Makarov . ٢٧٠ وكذلك Surville . ٢٨٣ .

(٢) راجع Pillet-Niboyet . ٦٥٠ — ٦٥١ .

(٣) انظر قبله ٣٩ وما بعدها . وكذلك مختصر دالوز . ٤٠٢ وكذلك مجلة القانون الدولى الخاص . ١٩٢٧ . ٧٠ و ٢٦٣ والمجلة الانتقادية . ١٩٣٥ . ١٥٠ .

٢٨٥ — و يتصل بالمنقولات (١) ما يسمى بالملكية الأدبيـة والفنية ، و يراد بها حقوق المؤلفين على مؤلفاتهم والفنانين على ثمرات قرائحهم . ومن المعلوم أن هناك خلافا على طبيعة هـذه الحقوق ، فيسميها بعض كتاب القانون المدنى « الملـكية المعنوية » ، و يعتبرها آخرون داخـلة فى نطاق الحقوق المعنوية المنقولة (٢) ، فما هو القانون الذى يحدد نطاق هـذه الحقوق ، ومدة استعمالها ، وكيفية ذلك ؟ لا يوجد نص فى التشريع المصرى بهذا الشأن ، والواقع أن هذه المؤلفات تظهر فى بلد معين فى مبدأ الأمر ثم تنتشر بعد ذلك فى البـلاد الأخرى على حسب درجة رواجها ، لذلك كان من المقرر بالاجماع تقريبا وجوب اعتبار قانون الجهة الأصلية pays d'origine أى الجهة التى حصل فيها النشر ، مع ملاحظة أنه ضمن القوانين المتنازعة يوجد أيضا قانون جنسية الناشر . على أنه يؤخذ أيضا بأحـكام القانون المحلى (أى محل التداول) فيما يتعلق بالاجراءات اللازمة الاتباع (٣) لـكى يحافظ المؤلف على حقوقه فى هذا البلد . فقانون الجهة الأصلية هو الذى يبين كيفية استعمال هـذه الحقوق ومدتها ، فان استلزم اتباع اجراءات

(١) وهناك نوع من المنقولات يصعب اخضاعه للقواعد السابقة ، وأقصد بذلك الاشارة الى السفن التى تنتقل بين الموانى المختلفة . وتجرى بعض التشريعات على تشبيهها بالعقـارات من بعض النواحى . ويظهر أن الرأى المقر عليه فى هذا الصدد هو خضوعها لقانون العلم الذى تحمله فتكتسب ملـكيتها وفقا لأحكامه ، على أنها تخضع للقانون المحلى من نواح أخرى وعلى الأخص اذا تعلقت المسألة بالنظام العام . قارن Messina . ٢ . ٣٣ — ٣٩ .

(٢) والواقع أنه يصعب اعتبارها منقولات أو عقارات اذا اتبعنا أصول هذا التقسيم بدقة ، ومع ذلك فالرأى المتفق عليه اجماعا تقريبا أنها منقولات . قارن كامل مرسى بك « الملـكية والحقوق العينية » . ١ . ٣٢٧ و Surville . ٢٨٦.

(٣) وذلك ان وجدت اجراءات ، فتجب اذن التفرقة بين موضوع الحقوق التى ينظمها تشريع بلد الأصل ، واجراءات الاستفادة من هذه الحقوق وينظمها قانون بلد التداول . و بهذه المناسبة نقول انه بالنسبة لهذا النوع من الملكية لا توجد اجراءات واجبة الاتباع فى مصر .

سابقة فلا مناص من الأخذ بها [١] . ولكن اذا زادت الحماية المقررة بقانون بلد الأصل عن نظيرتها المقررة فى القانون المحلى فى البلاد الأخرى فلا يؤخذ بها بل تتبع أحكام هذا القانون الأخير ، لأن المؤلفين الأجانب لا يمكنهم أن يطمعوا فى حماية أكثر من المؤلفين الوطنيين [٢] ، كما تتبع أيضا أحكام هذا القانون لتحديد معنى الملكية الأدبية والفنية ، اذ أن تكييف هذه الحقوق بالوصف السالف أمر لا بد منه كى تمكن حمايتها ، فاذا لم يوصف عمل الشخص بأنه مقرر للملكية أدبية أو فنية لمصلحته فلا محل للحماية التى يطلبها . وأستلفت الأنظار بهذه المناسبة الى أن قانون الملكية الأدبية والفنية فى مصر لم ير وضح النهار بعد ، وما زال فى دور التحضير ، ولم يمنع ذلك المحاكم المختلطة والأهلية من الاهتداء بقواعد العدالة وأحكام التشريعات الأجنبية [٣] .

وتسرى الأحكام السالفة المتعلقة بالملكية الأدبية أيضا على الملكية الصناعية [٤] والتجارية مع اختلاف طفيف يرجع الى وجوب تسجيل الاختراع دائما أمام محكمة الجهة التى سيستعمل فيها . فاتباع الاجراءات المقررة فى قانون البلد الأصلى لا يكفى وحده [٥] .

---

(١) انظر ٨ مايو ١٨٨٩ . م . ت . م . ١ . ١١٠ و٣ يناير ١٩١٧ . م . ت . م . ٢٩ . ١٣٣ . وقد أشار اليهما Messina فى كتابه . ٢ . ٤٦ وانظر Weiss . ٥٦٧ .

(٢) فاذا كان القانون الأجنبى يشير بحماية أقل اتبع . قارن ٢٣ ابريل ١٩١٩ . م . ت . م . ٣١ . ٢٦٤ .

(٣) انظر Messina . ٢ . ٤٢ . وما بعدها .

(٤) انظر Messina . ٢ . ٤٩ حيث أشار الى ما يجرى فى العمل من ايداع الرسومات وغيرها فى قلم الكتاب مما يثبت الاختراع وذلك بقصد اعطاء تاريخ ثابت للعمل حتى يمكن الحكم بالتعويض عند ثبوت التقليد فى تاريخ لاحق ، انظر حكم ٢٣ ابريل ١٩١٩ السابق الاشارة اليه .

(٥) انظر Messina . ٢ . ٤٦ . هامش (٤) حيث أشار الى أحكام كثيرة ، وكذلك Weiss . ٥٦٩ — ٥٧٢ ومختصر دالوز . ٤٠٣ .

٢٨٦ — ومن المنقولات المعنوية الديون ، فما هو القانون الذى يحكمها ؟ اذا كانت هذه الديون ناشئة عن التزامات تعاقدية فالقانون الذى يحكمها عادة هو قانون ارادة المتعاقدين كما سنعرفه، أما اذا كانت ناشئة عن أفعال ضارة فقد رأينا أنها محكومة بالقانون المحلى . ولكن اذا نظرنا الى الديون باعتبارها منقولات معنوية كالسندات والأسهم الخ ، فان القانون الذى يحكمها هو قانون موقعها أسوة بالمنقولات المادية ، ولكن أين هو موقعها ؟ فى الأمر خلاف قديم ، اذ قال البعض بتفضيل قانون موطن المدين ، وقال آخرون بتفضيل قانون موطن الدائن .

والواقع أن الدين كما يؤثر فى ذمة المدين يؤثر أيضا فى ذمة الدائن ، هذا من الوجهة الخاصة ، أما من الوجهة العامة فمن المعلوم أن للديون الشخصية تأثيرا فى العلائق التجارية بين بلدى الدائن والمدين ان اختلفا جنسية . والراجح هو اتباع قانون موطن المدين فى كل مايتعلق بالدين من حوالة وحجز ما للمدين لدى الغير ورهن [(١)] ... الخ فقانون موطن المدين هو الأكثر حماية للدائنين الذين يظهرون فيما بعد [(٢)] . هذا مع ملاحظة أن السندات لحاملها تعامل معاملة المنقولات المادية [(٣)] . وكذلك اذا وردت نصوص خاصة بشأن السندات الاسمية كضرورة التأشير فى دفاتر الشركة مثلا فلا بد من اتباعها لأن هذه

---

(١) ويرى البعض مع ذلك تطبيق قانون الدائن لصحة الحوالة . Surville . ٢٨٠ ومن رأى الأستاذ أن نصوص التشريع الفرنسى المدنى ١٦٩٠ ، ٢٠٧٥ بشأن حوالة الديون ورهنها نصوص اقليمية تسرى على الجميع بالنسبة للعمليات التى تتم فى فرنسا . عكس ذلك Pillet . ١ . ٧٦٠ و Pillet-Niboyet . ٨٢١ على أنه فيما يتعلق بالشكل فانه يتبع اجراءات المحل وفقا لقاعدة Locus انظر ١٨ نوفبر ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٤ . ١٤ .

(٢) انظر مختصر دالوز ٤٠٤ .

(٣) وقد نظمت فى فرنسا بتشريع خاص صادر فى ١٥ يونيه ١٨٧٢ وهو هام من حيث السرقة والضياع ، اذ لو سرقت وبيعت فى الخارج فهذا التصرف لا يسرى فى نظر المحاكم الفرنسية ، فى مواجهة مالكها الحقيق . راجع حكم نقض فرنسى ٢٢ ديسمبر ١٩٢٦ . سيرى ١٩٢٨ . ١ . ٣٤٣ وتعليق من Niboyet ، وبالنسبة للتشريع البلجيكى راجع Poullet . ٥٤٠ وما بعدها .

الشروط ملحقة بالسند فلا يتداول الا بها .

المبحث الخامس

فى

تطبيق قانون ارادة المتعاقدين

٢٨٧ — فى جميع أحوال تطبيق القانون الأجنبى التى تناولناها بالشرح لم يكن لارادة المتعاقدين دخل بطريقة مباشرة ، فى تحديد ذلك القانون . فقانون الجنسية يحكم جميع الحقوق والالتزامات العائلية وكذلك بعض الالتزامات المدنية الأخرى ، والقانون المحلى يحكم أشكال التصرفات والالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة كما أنه ينظم بعض المهن من وجهة القانون الخاص تنظيما قانونيا ، وقانون موقع المال يحكم الأموال المنقولة أو العقارية من حيث هى فى الحدود التى بيناها ، كل ذلك بغير دخل لارادة المتعاقدين ، ولكن نعرض هنا لأحوال أخرى يطبق فيها القانون الأجنبى لا لسبب سوى أن المتعاقدين قد اختاراه بمحض ارادتهما [1] .

٢٨٨ — و يحكم قانون ارادة المتعاقدين الالتزامات التعاقدية لأن غيرها من الالتزامات محكوم بقوانين أخرى ، فالالتزامات التعاقدية هى النطاق الطبيعى للأخذ بقانون ارادة المتعاقدين . وأساس تطبيق هذا القانون هو وجوب احترام ارادة المتعاقدين حسبما هو مقرر فى مبدأ كفاية الارادة .

ومن المشاهد أن المشرع قد حمى الأشخاص بتطبيق قانون جنسيتهم على أحوالهم الشخصية والتزاماتهم العائلية ، وحمى ثرواتهم بتطبيق قانون موقع المال ، على أموالهم ، وحمى أرواحهم ومصالحهم بتطبيق القانون المحلى ، ونسجا على هذا

---

(١) قارن Surville . ٣٢٠ — ٣٢١ حيث يقرر أن البحث هنا لا علاقة له بنطاق الأحوال الشخصية أوالعينية اذ أننا فى نطاق الارادة وقوتها . وكذلك Savigny . ٨ . ١١٢ .

المنوال فانه حمى ارادتهم واحترمها عن طريق أخذه بالقانون الذى يختارونه لتنظيم الآثار المترتبة على عقودهم أى التزاماتهم التعاقدية .

٢٨٩ — فاذا بحثنا فى مجموعات الأحكام المصرية ، وعلى الأخص المختلطة منها ، وجدنا أحكاما كثيرة قد أخذت بالقانون الأجنبى الذى اختاره الطرفان لحكم علائقهما [١] ، فتارة نجد القانون اليابانى وأخرى القانون الفرنسى والقانون الأمريكى ، وعلى الأخص التشريع المعروف باسم Harter act المتعلق بالشحن البحرى ، اذ اعتاد أصحاب المصلحة اختياره لما فيه من تنظيم ملائم بشأن اشتراط عدم المسئولية .

٢٩٠ — ويرجع تاريخ مبدأ كفاية الارادة الى أيام Dumoulin حيث قال به لكى يمنع تطبيق قانون موقع المال على العقارات المملوكة للزوجين اذا وجدت فى مقاطعات مختلفة ، فتخضع هذه العقارات كلها فيما يتعلق بمشارطة الزواج لقانون واحد ، هو القانون الذى اختاره الزوجان ، فقانون ارادة المتعاقدين ينطبق على العقارات حتى ما كان موجودا منها خارج الاقليم . ولا شك أن هذا الحكم فى مصلحة الزوجين كما أنه أيضا فى مصلحة الغير . ولكن مع ذلك لم يلق مبدأ كفاية الارادة رواجا كبيرا عند خلفاء Dumoulin الى أن ظهر Savigny فبعث فيه الحياة من جديد ، ومن ثم عنى به الكتاب ، وقد رأينا أن Savigny جعل لارادة أصحاب المصلحة دخلا كبيرا فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى ، وأن Mancini من بعده جعل هذا المبدأ ركنا من أركان نظريته ، ولقد تابع القضاء هذه الحركة فجعل لقانون ارادة المتعاقدين مكانة ممتازة [٢] .

---

(١) ولقد رأينا فيما مضى تطبيق ذلك بشأن مشارطات الزواج المالية كما فى قضية البرنس محمد جمال الدين . وانظر مؤلف F. Montier وموضوعه تفسير Harter act . ١٩٣٢ .

(٢) وقد أخذت بهذا المبدأ تشريعات كثيرة ، أحدثها التشريع البولونى الصادر فى ١٩٢٦ (المادة السابعة) وكذلك التشريع الايطالى فى المادة التاسعة . راجع Makarov . ٢٨٠ . و Pillet-Niboyet . ٧٩٢ وما بعدها .

٢٩١ — ولقد أدت أبحاث الكتاب بشأن المبدأ السالف ، الى ظهور ضرورة التفرقة بين النصوص الآمرة التى لا يصح الاتفاق على خلافها ، والنصوص المخيرة المكملة التى يمكن للمتعاقدين أن يغيرا من أحكامها حسبما يتراءى لهما . وهذه التفرقة متفق عليها بالنسبة للعلائق الوطنية أى الداخلية . فان كانت العلائق أجنبية فى أحد عناصرها فهل يتيسر الأخذ بها ، بمعنى أنه لا يسوغ للمتعاقدين الاتفاق على عكس نص آمر داخلى ؟ من المتفق عليه أن هناك نصوصا آمرة داخلية لا يمكن الاتفاق على خلافها أيضا فى العلائق الأجنبية ، فمثلا سن الرشد فى مصر تتحدد بـ ٢١ عاما فلا يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على أن المصرى يعتبر بالغا رشده وفقا لأحكام تشريع أجنبى يحدد سن الرشد بثمانى عشرة عاما ، مثل هذا الاتفاق يكون مخالفا لقاعدة الاسناد المصرية الواردة فى المادة ١٣٠ / ١٩٠ م . ا . م . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يعتبر الأجنبى أهلا فى سن أقل من ٢١ عاما وفقا للتشريع الأجنبى الذى يخضع له .

فمن المحتمل اذن أن يكون اتفاق الطرفين محكوما بقانون أجنبى بناء على اتفاقهما الصريح أو الضمنى ، وأن يكون ضمن أحكام هذا القانون ما يخالف أحكام التشريع المصرى الداخلية الآمرة . ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه اذا كان كاتب السند تحت الاذن وحامله ايطاليين فليس للأول أن يتمسك ضد الثانى بالربا الفاحش ، وذلك لأن القانون الايطالى الذى يحكم تعاقدهما لا يضع حدا بالنسبة للفوائد ، وعلى ذلك لا يجوز ابطال الاتفاق [1] . وكذلك قضت المحاكم الفرنسية بجواز اشتراط الدفع بالذهب ، اذا كان هذا الشرط صحيحا بمقتضى القانون الأجنبى الذى اختاره المتعاقدان ، مع أن هذا الشرط باطل وفقا للتشريع الفرنسى [2] . فالظاهر اذن أن النصوص الآمرة

(١) حكم محكمة مصر الابتدائية المختلطة ٨ نوفمبر ١٩١٣ . جازيت . ٤ . ٦٧ وقارن ١٢ فبراير ١٩١٤ . م ت . م . ٢٦ . ٢٢٥ .

(٢) انظر حكم النقض الفرنسى فى سيرى . ١٩٢٨ . ١ . ١٦٤ و ١٩٣٠ . ١ . ٤١ ومختصر دالوز ٤٠٩ — ٤١٢ .

الداخلية تفقد أحيانا قوتها بالنسبة للعلائق ذات العنصر الأجنبى [١] . وهـذا لاينفى طبعـا أن منها مايتحتم الأخذ به أيضا فى ذلك النطاق اذا ماتعلق بالنظام العـام أو بالآداب فى بعض الأحيان . فاذا كان اتفاق الطرفين على تحكيم قانون أجنبي من شأنه الأخذ بأحكام مضادة للنظام العام المصرى فانه لايؤخذ به أصلا أما اذا خالف الآداب فالمسألة محل نظر [٢] . فـكما ان مبدأ كفاية الارادة مقيد بقيود فى العلائق الداخليـة ، كذلك فانه توجد قيود مماثلة فيما يتعلق بالعلائق الخارجية ، ولـكن نطاقه على أية حال يختلف . ويحصل أحيانا أن يكون النص الآمر مقيدا لارادة المتعاقدين فى العلائق الوطنيـة والأجنبيـة على السواء كنص المادة ٣٠٢/٢٦٣ م . ا . م بشـأن عدم جواز التصرف فى التركات المستقبلة . والمـادة ١٩٠ تجارى بحرى مختلط بشأن عقد التأمين البحرى [٣] . ويمكننا أن نقرر بصفه عامة أن نطـاق مبدأ كفاية الارادة أوسع فى العلائق ذات العنصر الأجنبي ، وعلة ذلك ترجع الى أن المقصود تشجيع الاتجار والعلائق الاقتصادية الدولية [٤] ، وهذا لاينفى أنه مقيد بعدم مخالفة النظام العـام حسبما هو مقرر فى قانون القاضى [٥] .

---

(١) كما هى الحال بشأن النصوص المتعلقة بعيوب الرضا وبالسبب فى التصرفات القانونية . قارن Surville . ٢٥٩ . ومؤلفنا قبله ١٢٩ .

(٢) كما رأينا فى مسألة الربا الفاحش فالمخالفة للآداب تعامل معاملة أقل شدة . وكذلك تعرض المسألة فيما يتعلق « بدفع المقامرة exception de jeu » اذ لا يعتمد وفقا لبعض التشريعات انظر Surville . ٣٦٠ اذ يرى عدم مشروعية الأخذ بالقانون الأجنبى فى هذه الحالة .

(٣) ومن هنا يتبين أن وجود القانون المختلط فى مصر قد خفف كثيرا من الصعوبات السالفة . ١٢ مايو ١٩٢٤ المشار اليه هنا .

(٤) انظر مختصر دالوز . ٢٥٥ و ٤٠٩ .

(٥) انظر Surville ٣٥١ و ٣٦٨ . وقارن Makarov . ٢٨٣ . ويقرر أن المسألة خلافية وأن قيود هذا المبدأ يمكن أن تقرر اما بقانون محل حصول العقد أو بقانون بلد التنفيذ أو بالقانون الشخصى للمدين ، دون الاشـارة الى قانون القاضى الذى نعتبره أولى بالتطبيق لتحديد النطاق السالف . اذ نعتبر أن ذلك التحديد مسألة متعلقة بالتكييف . وقارن حكم =

٢٩٢ — والمجال المعتاد للأخذ بقانون ارادة المتعاقدين هو الالتزامات التعاقدية . ومع ذلك فقد رأينا أنه اذا كان موضوع الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول ، أى مال على العموم فانه يؤخذ بقانون موقعه وقت التصرف ، واذا كان موضوعه الالتزام بدفع مبلغ معين أى دين وهو منقول معنوى أخذ عادة بقانون موطن المدين ، فلا يبقى لقانون ارادة المتعاقدين سوى الالتزامات التعاقدية بعمل أو بامتناع أو بتسليم .

٢٩٣ — فاذا أظهر المتعاقدان ارادتهما صراحة فى اختيار قانون أجنبى أخذ بأحكام هذا القانون ما دامت لاتخالف قواعد النظام العام أو الآداب فى قانون القاضى . وكذلك تعتبر الارادة الضمنية ، أى الارادة المستفادة من الظروف والأحوال التى تحيط بالتعاقد . وتطبيقا على ذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا تمت عملية بيع آجل فى بورصة اسكندرية ، واشترط فى العقد تحكيم لجنة شركة المحاصيل العمومية فى الاسكندرية ، فان هذا العقد يكون خاضعا لأحكام القانون المختلط ولو أن الطرفين كانا من جنسية واحدة (وفى القضية الجنسية اليونانية) [1] . والأحكام كثيرة فى الأخذ بارادة المتعاقدين الضمنية . وهناك أحكام أخرى بشأن اشتراط الدفع بالذهب فى مصر [2] .

٢٩٤ — والواقع أن المتعاقدين لايتفقان عادة صراحة على القانون الواجب التطبيق بل يحصل أنهما لايفكران فى الأمر أصلا ، على الأخص من حيث احتمال

= محكمة اسكندرية التجارية المختلطة الصادر فى ١٢ مايو ١٩٢٤ . جازيت ١٤٠ . ٣٦٦ واستئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٩٢٥ . م . ت . ٣٨ . ١٣٣ ويرى آخرون تطبيق القانون الذى اختاره الطرفان . دالوز . ٢٥٤ .

(١) ٢٩ مايو ١٩٠١ . م . ت . م . ١٣ . ٣٣٧ ، ويلاحظ أن التشريع اليونانى يبطل البيع فى هذه الحالة لأنه لا يقر المضاربة . قارن Makarov . ٢٨٨ والتشريع البولونى المادة السابقة التى تجعل تطبيق قانون محل حصول العملية ملزما هنا .

(٢) وبعضها منشور فى مجموعة بسطوروس تحت المادة ١٩٩ . قارن قانون ٢ مايو ١٩٣٥ وتقرر المادة الأولى منه « تبطل شروط الدفع ذهبا فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية » .

الخلاف ، وما يؤدى اليه ذلك من تنازع بين تشريعات مختلفة فما هو القانون الذى يحكم العقد فى هذه الأحوال التى لا تعرف فيها ارادة المتعاقدين الصريحة ولا الضمنية ؟ اختلفت فى ذلك الآراء [١] ، ولكن مع ذلك يكاد يكون من المتفق عليه الأخذ بقانون ارادة المتعاقدين المفترضة [٢] . أى انه يؤخذ بالقانون الذى يفترض أن الطرفين قد يرغبانه لو كانا قد فكرا فى الأمر ، ولكن ما هو هذا القانون [٣] ؟ اذا رجعنا الى أحكام المحاكم المختلطة وجدنا أنها لا تسير على وتيرة واحدة ، فمنها ما قضى بأن الاتفاق الحاصل بين أشخاص مختلفى الجنسية يكون خاضعا لحكم القانون الاقليمى وهذا الاستعمال خاطىء للدلالة على قانون الجهة التى تم فيها العقد [٤] . وحكم أيضا بأنه اذا كان العقد قد تم فى الخارج وكان واجب التنفيذ فى مصر فانه يكون خاضعا لأحكام القانون المختلط lex loci solutionis والعكس صحيح [٥] . أما اذا كان العقد قد تم بين أشخاص متحدى الجنسية فانه يكون خاضعا لقانون جنسيتهما [٦] ، ومع ذلك قضى بأنه يؤخذ فى مثل هذه الحالة بقانون محل العقد

---

(١) قارن Surville . ٣٣٢ حيث يقرر أن نص المادة ١١٥٩ . م . ف . يشير ضمنا باتباع قانون جهة تمام العقد عند الاختلاف على تفسير شروطه ، فهذا النص الداخلى يمكن تقرير حكمه بالنسبة للعلائق ذات العنصر الأجنبى . وقد انتقد الأستاذ هذا الرأى . ٣٣٣ . وقارن حكم استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٥٤٨ .

(٢) volonté présumée لا الضمنية implicite, tacite وهناك تطبيق هام فى حكم جديد صادر من محكمة استئناف اسكندرية المختلطة فى ١١ ابريل سنة ١٩٣٥ مصر القضائية عدد ١٦ يونيه سنة ١٩٣٥ . ٦٠ .

(٣) وقد أثارت المسألة الخلاف عند المشرعين الذين قرروا مبدأ قانون ارادة المتعاقدين بنصوص خاصة فيشير التشريع الايطالى بتطبيق قانون الجنسية كقانون احتياطى ، ويشير الشرع اليابانى بتطبيق قانون محل العقد ، وتجمع مجموعة Bustamante بين القانونين السالفين (المادتين ١٨٤ و ١٨٦) . راجع Makarov ٢٨١ .

(٤) انظر أول مايو ١٨٧٩ . بسطوروس ١ . ١٢٠ . نبذة ٦٥ وكذلك نبذة ٦٧ .

(٥) قارن Savigny . ٨ . ٢٠٣ ويظهر أن هذا الرأى هو الذى تسير عليه المحاكم السويسرية انظر Clunet . ١٩٢٣ . ٤١٦ .

(٦) انظر Surville . ٣٣٤ حيث يدخل عامل الوطن أيضا فى التقدير .

lex loci contractus فاذا قضى هذا القانون بأن الكفالة فى الأصل تضامنية أخذ بهذا الحكم بناء على اتباع قانون ارادة المتعاقدين .

وقد اتبعت المحاكم الفرنسية (١) نفس المسلك مما دعا الى انتقادها من جانب الكتاب (٢) .

وفى اعتقادى أنه يصعب اخضاع مختلف العقود لأحد القوانين السابقة دون الأخرى ، لأن لكل منها مبررات معقولة ، ويكون من الأوفق اذن بحث كل حالة على حدة فيطبق على العقد القانون الأكثر ملاءمة ما دام المقصود هو تحقيق أغراض عملية اقتصادية .

٢٩٥ — فاذا قلنا ان العقد يخضع لحكم قانون معين فهل معنى ذلك أن هذا القانون يحكمه من جميع النواحى ؟ أثارت هذه المسألة الخلاف بين الكتاب فنهم من قال بضرورة اخضاع العقد لحكم قانون واحد بصفة أصلية (٣) مع ملاحظة بعض الاستثناءات فى الشكل مثلا ، أو الأهلية ، وكذلك التنفيذ فانها تخضع لقوانين أخرى . ولكن أغلبية الكتاب تقرر أن العقد لا يخضع لقانون واحد بل تجزىء العقد وتخضع كل جزء لحكم قانون معين على النحو الذى سأبينه حالا . فأهلية المتعاقدين تخضع لقانون جنسيتهما وشكل العقد يخضع لقانون بلد ابرامه ، ووجود الرضا يخضع لقانون المحكمة باعتباره مسألة متعلقة بالوقائع ، أو لقانون شكل العقد اذا كان لابد للرضا من مظهر خاص ، وكيفية الاثبات تخضع لنفس القانون الذى يحكم الآثار وهو قانون ارادة المتعاقدين ، ولكن قام

---

(١) أما المحاكم الألمانية فتجرى على تطبيق قانون بلد التنفيذ باعتباره قانونا احتياطيا . راجع Makarov . ٢٨٢ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet ٨١٢—٨١٦ . والمجلة ١٩٢٦ . ٣١٥ .

(٣) Lerebours-Pigeonnière . ٢٥٣ ويعتقد أن تجزئة العقد على هذا النحو مخالفة لطبيعة الأمور لأن أجزاء العقد والالتزامات الناجمة عنه متماسكة فاذا فصلناها وأخضعنا كلا منها لقانون معين فانه يخشى ضياع التجانس اللازم وجوده بينها .

الخلاف حول عيوب الرضا ، فيرى البعض أنها تخضع لقانون ارادة المتعاقدين [١] ويرى آخرون اخضاعها لقانون الموطن [٢] ويقول الأستاذ Bartin [٣] بتطبيق قانون جنسية المتعاقدين لأن القواعد الخاصة بالرضا قواعد آمرة فى القانون الداخلى فلا يمكن تخطيها وتحكيم قانون أجنبى بشأنها ، ويضاف الى ما تقدم أنه يصعب امكان تصور اختيار قانون أجنبى اذا كان الرضا معيبا من أول الأمر ، ونحن نقر الرأى الأخير [٤] .

أما من حيث القانون الذى يحكم صحة موضوع الالتزام أو سببه فهو قانون القاضى ، فهذا القانون الأخير هو الذى يبين لنا ما اذا كان موضوع الالتزامات أو سببه مشروعين أو لا . وتطبيقا على ذلك حكمت المحاكم المختلطة [٥] ببطلان الاتفاق الحاصل فى الخارج بشأن تهريب أسلحة الى مصر ، لأن هذا الأمر ممنوع بمقتضى القوانين المصرية ، فالسبب هنا غير مشروع ، كما أن فيه مخالفة لنصوص المعاهدات التجارية ، فلا تصح مقاضاة المشترى أمام المحاكم المصرية ، وهذا لايمنع من جواز مقاضاته أمام محكمة أخرى ، ولكن فى هذه الحالة لا يمكن أن ينفذ الحكم فى مصر كما سنراه فيما بعد .

---

(١) Dalloz . ٢٥٣ .

(٢) انظر Pillet . مؤلفه المطول . ٢ . ٢٨٩ .

(٣) انظر مؤلفه . ١ . ٧٤ و٢ . ٨٩٠ — ١١٢ . وقبله . ٢٨٩ وهامش (١) أنظر مقال Aubry. Clunet ١٨٩٦ . ٤٦٥ .

(٤) ويقول Surville برأى عكسى أى بتطبيق القانون الذى يحكم العقد نفسه وحجته فى ذلك أن العاقد الذى يسعى لابطال عقد بناء على خطأ أو عيب آخر من عيوب الرضا مفروض فيه أنه أهل ولكن رضاه هو المعيب وتقدير هذا العيب يخضع للقانون الذى يحكم العقد . ويظهر أنه قد فات الأستاذ أن أساس القانون الذى يحكم العقد ارادة الطرفين ، والارادة لا تكون مفيدة الا اذا كان مظهرها وهو الرضا صحيحا غير معيب . أفلا يعد الركون الى قانون العقد هنا من قبيل المصادرة على المطلوب ؟ انظر مؤلف Surville . ٣٥٣ وقارن آراء Dicey فى الموضوع . ٥٧٢ وما بعدها .

(٥) ٢٧ يونيه ١٩٠٩ . م . ت . م . ٢١٠ . ١٣٦ .

كما أنه يرجع لقانون بلد التنفيذ لمعرفة ما اذا كان موضوع الالتزام ممكنا [١] أو لا .

أما من حيث تفسير العقد فان العبرة بنية الطرفين (١١٥٦ م . ف) فان كانت الألفاظ المستعملة فى العقد مكتوبة بلغة أجنبية وجب تفسيرها طبقا للمعنى الاصطلاحى والقانونى المقرر لها فى تلك اللغة ، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة .

وأخيرا فان قانون العقد لا يحكم سوى آثاره [٢] وكذلك انقضائه . ولقد أثارت مع ذلك مسألة التقادم المسقط الخلاف ، فيرى البعض اخضاعها لقانون القاضى لتعلق التقادم المسقط بالنظام العام ، أى أن النص الموجود فى قانون القاضى بشأنه يعتبر متعلقا بالبوليس فهو اقليمى (المادة ٣ / ١ م . ف والمادة ١٠ م . م) ويضيفون الى ما تقدم ان التقادم المسقط انما يستفاد منه عن طريق الدفع المسقط للدعوى أى أنه متعلق باجراءات قبول الدعوى ، ومن المتفق عليه أن نظام الدعوى خاضع لقانون القاضى . على أن الراجح هو اتباع نفس القانون الذى يحكم العقد ، لأن اتباع الرأى السالف من شأنه التأثير فى حقوق الأخصام اذا ماتيسر لأحدهم تغيير الاختصاص بتغيير موطنه مثلا ، ويضيفون الى ماتقدم أن ضمن أسس الأخذ بالتقادم المسقط هو احتمال الوفاء أى أن التقادم المسقط قرينة على الوفاء بالالتزام ، وهذا الأخير ناجم عن العقد فيخضع لنفس القانون

---

(١) ويضرب الأستاذ Valéry مثلا لذلك ببيع صيدلية موجودة فى فرنسا لانجليزى فى انجلترا اذا كان هذا الانجليزى لا يحمل دبلومة تبيح له الاشتغال فى فرنسا وان كان يمكنه الاشتغال فى انجلترا . أو من يستأجر عمالا للعمل فى بلاد أيام الآحاد بينما العمل محرم فيها بمقتضى تشريعها انظر مؤلفه . ٩٦١ نبذة . ٦٦٤ .

(٢) راجع فى التفرقة بين الآثار الأصلية Effets والآثار العرضية Suites مؤلف Surville ٣٥٥ . وقارنه بما وجدناه فى نظرية Bartole . انظر قبله . ١٠١ وكذلك مختصر دالوز . ٤٠٦ .

الذى يخضع له العقد [١] .

وقد بحثت مسألة القانون الذى يحكم العقد أمام المجمع العلمى الدولى فى لاهاى سنة ١٩٢٥ وفى لوزان سنة ١٩٢٧ ولكن لم يتيسر الاتفاق عليها .

٢٩٦ — والأحكام السالفة كلها تنطبق اذا ما كان العقد قد تم بين حاضرين ولكن يحصل أحيانا أن تتم العقود بين غائبين أو ما يسمى بعقود المراسلة [٢] فوفقا لأى قانون يتم العقد اذا كان الطرفان مختلفى الجنسية ؟

من المعلوم أن أهمية هذه المسألة من الوجهة الداخلية تكاد تكون محصورة فى تحديد الاختصاص القضائى [٣] وحقوق الطرفين وفقا لأحكام النصوص الداخلية ، ولكن بالنسبة لتنازع القوانين فان أهميتها تتناول أيضا الاختصاص التشريعى اذا اعتبرنا أن القانون الذى يحكم العقد هو قانون الجهة التى يتم فيها . فاذا فرض أن كان أحد المتعاقدين مصريا مقيما فى مصر وقام بعرض على الطرف الثانى وهو ايطالى مقيم فى روما وقبل هذا الأخير العرض ، وصدر فعلا خطاب القبول ، فأى قانون يجب تطبيقه لمعرفة مكان انعقاد العقد [٤] ؟ اختلفت فى ذلك الآراء ، فقال البعض بتطبيق قانون بلد الاستلام والتصدير système de l'expédition وهو هنا القانون الايطالى ، وهذا ماجرت عليه المحاكم المختلطة [٥] ، فالعقد فى المثل السابق يخضع من حيث تكوينه للقانون الايطالى . وقال آخرون بتطبيق قانون بلد الموجب فاتبعوا مذهب العلم والأخبار

---

(١) راجع Lerebours-Pigeonnière . ٤٠٨ و Dicey . ٦١٥ و Poullet . ٥٨٩ وما بعدها .

(٢) ويلحق بهـا العقود التى تتم بالتلفون .

(٣) انظر أحمد نجيب الهلالى بك « البيع » . ٦٧ .

(٤) ويلاحظ هنا أن المسألة تصورية بحتة نظرا لغياب كل من العاقدين .

(٥) وكذلك أخذ بهذا الرأى كثير من رجال الفقه وأحكام المحاكم الفرنسية انظر Surville ٣٤٠ هامش وهو يؤيد هذا الرأى . ٣٤٢ وقارن السنهورى « الالتزامات » . ٢٩٩ .

système de la réception أى أنه فى النزاع السالف يؤخذ بالقانون المصرى (١) ، وهذا ما يحصل فعلا لو رفع النزاع أمام محكمة إيطالية ، وهكذا تتغير الأمور بتغير المحكمة التى يرفع اليها النزاع وغير خاف مقدار تأثير ذلك فى حقوق المتعاقدين من حيث الرجوع فى العرض أو سحب القبول (٢) الخ . . .

ازاء هذا التعارض رأى بعض الكتاب الأخذ بالقانون الذى يؤجل وقت تمام العقد عن غيره وفى المثل السابق القانون الايطالى ، فيؤخذ به حتى لو رفع النزاع أمام محكمة ايطالية . واقترح آخرون الأخذ بقانون العاقد (٣) الذى له الدور الظاهر فى تكوين العقد ، ويضربون مثلا لذلك بالانجليزى الذى يطلب من شركة بواخر فرنسية حجز محل له فى مركب تغادر فرنسا الى أمريكا ، فان هذا العقد يخضع من حيث تكوينه للقانون الفرنسى ، لأن الدور الهام هنا فى العقد للشركة نظرا لما تقوم به من اعلان ، ولو أن الموجب هو الانجليزى . ولم يصادف هذا الرأى نجاحا كبيرا . وأما الرأى الذى صادف نجاحا أكبر عند رجال الفقه هو الذى قال به الأستاذ Valéry (٤) ومقتضاه تطبيق قانون المحكمة المرفوع اليها النزاع .

وعندنا أن مسألة تكوين العقد بين العاقدين كغيرها من المسائل المتعلقة بالعقد تخضع للقانون الذى اختاره الطرفان صراحة أو ضمنا على التفصيل الذى ذكرناه .

٢٩٧ — فاذا كان العقد قد تم بوكيل فانه يخضع لقانون البلد الذى

---

(١) ولهذا الرأى أنصاره أيضا . انظر Surville . ٣٤١ و Laurent . ٧ . ٥٣٥ .

(٢) راجع Surville . ٣٤٤ .

(٣) أى قانون محل اقامته العادية . دالوز . ٤١٥ .

(٤) انظر مؤلفه نبذة ٦٦٠ وقد اتبع رأيه الأساتذة Despagnet و Bartin فى فرنسا و Diena فى ايطاليا . انظر Surville . ٣٤٤ .

حصل فيه رضا الوكيل (١) ، أما علاقة الوكيل بالموكل فانها تكون خاضعة لقانون البلد الذى تم فيه التوكيل ، وهو عادة قانون موطن الموكل أو التاجر الذى أمضى التوكيل اذا كان التوكيل تجاريا .

٢٩٨ — ومما يتصل بالالتزامات التعاقدية ، الالتزامات شبه التعاقدية كعمل الفضولى أو الاثراء بلا سبب ، فان العلاقة الناشئة عنها بين الطرفين (٢) تخضع فى الأصل لقانون جنسية الطرفين اذا اتحدت جنسيتهما ، أما فى حالة الاختلاف فيؤخذ بقانون الجهة التى تم فيها العمل المنشىء للالتزام (٣) . وقد طبقت هذه المبادىء فيما يتعلق بحوادث انقاذ السفن فى عرض البحر ، فانه أخذ بقانون السفينة المنقذة فى حالة اختلاف الجنسية لتنظيم الآثار الناتجة عن هذه العملية (٤) .

٢٩٩ — وفى النهاية فان الالتزامات القانونية تخضع لحكم القانون الذى أنشأها ، وهذا ماطبقته المحاكم باطراد كما رأينا (٥) .

---

(١) وهذا هو رأى الأغلبية وان كان البعض يعتبر هذه الحالة كحالة التعاقد بالمراسلة لأنه بعد تمام العقد يصبح الوكيل خاليا عن أية مسئولية . انظر Surville ٣٤٨ وهامش ٢٢١ ومختصر دالوز . ٤١٥ .

(٢) أما فى العلاقة بين رب العمل والغير فانها تخضع لقانون البلد الذى تم فيه العمل اذا كان رب العمل قد أجاز تصرف الفضولى . Surville . ٣٤٩ .

(٣) قارن Messina . ٢ . ٦٧ .

(٤) انظر Messina . ٢ . ٦٨ .

(٥) راجع قبله . ١٥٨ .

الفصل الرابع

فى

موانع تطبيق القانون الأجنبى

تمهيد

٣٠٠ — تعين قواعد الاسناد الوطنية القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى . وكما يصح أن يكون هذا القانون أجنبيا يصح أيضا أن يكون قانون القاضى . ومن الطبيعى أن يعمد القاضى الى الأخذ بأحكام التشريع الذى تشير به قواعد الاسناد ، ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه اذا كان هذا التشريع أجنبيا ، فانه يحتمل وجود موانع تمنع من الأخذ بأحكامه ، فما هى ؟ هذه الموانع ثلاثة ترجع الى الأخذ اما (ا) بفكرة النظام العام (ب) أو بفكرة الغش نحو القانون (ج) أو بفكرة المصلحة الوطنية .

ومقتضى هذه الموانع الثلاثة استبعاد تطبيق القانون الأجنبى وتطبيق القانون الوطنى بدلا عنه فى أغلب الأحوال ، أى أنها ترمى فى الحقيقة الى تغليب اقليمية القوانين عن طريق الأخذ بالأحكام الوطنية التى تنطبق فى العلائق الوطنية والعلائق الأجنبية فى هذا النطاق على السواء .

والواقع أنه توجد موانع أخرى تمنع من الأخذ بأحكام التشريعات الأجنبية ، وقد رأينا تطبيقات لها عند الكلام فى نظريتى التكييف والاحالة ، وسنرى فيما بعد أن تطبيق شرط التبادل فى تنفيذ الأحكام الأجنبية يترتب عليه أحيانا اهمال حكم التشريع الأجنبى الذى أخذ به الحكم المراد تنفيذه ، واستبداله بأحكام تشريع آخر ، وقد يكون هذا الأخير وطنيا أو تشريعا أجنبيا على حسب

الأحوال [1] .

ولما كانت فكرة النظام العام أكثرها أهمية ، نظرا لاعتبارات كثيرة ، أخصها عدم تقيدها بنطاق محدود ، لذلك نبدأ بها .

المبحث الاول

فى

النظام العام [2]

٣٠١ — أشرت فيما مضى الى فكرة النظام العام ، والى أهميتها فى القانون الدولى الخاص ، وسأتناولها هنا بالايضاح الكافى . وانى أستلفت الأنظار منذ البداية الى أن فكرة النظام العام عسيرة التحديد لغموضها ، وقد تناولها الكتاب بالبحث ، فأسهبوا فى ذلك كل الاسهاب دون أن يتفقوا مع الأسف لا على تعريفها ولا على نطاقها ، بل اشتد بهم الخلاف حتى وصل الى اسمها [3] ، فمن الكتاب من يعمد الى تسمية خاصة ، ويحصل أن يعدل عنها فى الفصول المختلفة من مؤلفه ، متبعا تسمية أخرى . ويضيق نطاق هذا السفر عن بحث الخلافات الواسعة ، وانما نشير اليها للدلالة على أهمية هذه الفكرة علما وعملا .

٣٠٢ — وفى مصر ، كما فى سائر الدول الأخرى ، تأخذ المحاكم بفكرة

---

(١) ويتحقق ذلك على الأخص فى حالة ما اذا كان التشريع الأجنبي لايبيح تنفيذ الأحكام المصرية الا بعد مراجعتها من حيث الموضوع . وهذه المراجعة معناها وجوب تطبيق القانون الذى تشير به قواعد تنازع القوانين فى هذا التشريع . والمعاملة بالمثل فى مصر تؤدى الى احتمال تطبيق أحكام قانون آخر خلاف الذى طبقه الحكم الأجنبي . راجع بعده .

(٢) ومن أهم الأبحاث التى نشرت بشأنها Healy « Théorie générale de l'ordre public » فى مجلة أكاديمية لاهاى ١٩٢٥ . ٧ . ٤٠٧ — ٤٥٧ و Lewald فى بحثه « La réglementation de l'ordre public sur le terrain des traités diplomatiques » فى المجلة ١٩٢٨ . ١٤٩ — ١٦٧ و Bartin فى دراساته ١٨٩ — ٢٨٤ و Claps-Lienhart . فى رسالته « L'ordre public » . ١٩٣٤ .

(٣) انظر Niboyet . ٥٢٥ وقارن Arminjon . ١ . ١٩٠ و Bartin . ١ . ٢٣٩ .

النظام العام ، فتمتنع عن تطبيق القانون الأجنبى الواجب التطبيق . وقد يكون من الأصوب أن نضرب مثلا عمليا مشتقا من قضية واقعية فصلت فيها المحاكم المختلطة . وموضوع هذا المثل أن يونانيا اعتنق الاسلام بعد أن تجنس بالجنسية المصرية [(١)] ، ثم طلق زوجته بعد ذلك مخالفا أحكام القانون اليونانى الذى يمنعه من الطلاق . فلما عرض أمر صحة هذا الطلاق على محكمة الاستئناف المختلطة قضت بصحته ، فكيف ذلك ؟ قلنا ان وجوب احترام الحقوق المكتسبة ضمن أسس الأخذ بقواعد تنازع القوانين ، وان الحق الذى اكتسب تحت سلطان قانون دولة متمدينة يجب أن يحترم خارجها ، وهنا اكتسبت الزوجة اليونانية الحق فى أن لاتطلق لسبب خلاف الأسباب الواردة فى قانون الأحوال الشخصية الذى تزوجت تحت سلطانه ، فهذا القانون نفسه هو الذى يرجع اليه لانهاء عقد الزواج ، ومع ذلك فان المحكمة قد امتنعت عن تطبيق القانون اليونانى وطبقت أحكام الشريعة الاسلامية . ومعلوم أنه وفقا لهذه الأحكام ، يعتبر حق الطلاق معقودا ، فى الأصل ، بارادة الزوج . فحكم الشريعة الاسلامية هو الذى تغلب هنا مع أن القانون الواجب التطبيق فى الأصل هو القانون اليونانى . ولا جدال فى أن الأخذ بالشريعة الاسلامية أساسه تطبيق فكرة النظام العام ، أى أن النظام العام فى مصر يأبى تطبيق التشريع اليونانى فى هذه العلاقة ، لأنه يعتبر حكمه مخالفا للمبادىء الأساسية فى العائلة ، ومخالفا لما يجب أن يتمتع به الزوج المسلم فى بلاد اسلامية من حقوق طبيعية متصلة بصفته كزوج [(٢)] .

---

(١) ٥ يونيه ١٩٠٧ . ١٩ . ٢٨٥ وقد سبقت الاشارة اليه فى ٢٤٣ ، ٢٥٩ . وفى القضية تجنس اليونانى بالجنسية العثمانية .

(٢) وقد يحصل التساؤل بهذه المناسبة عن حكم الأجنبى الذى يعتنق الاسلام دون أن يتجنس بالجنسية المصرية ثم يطلق زوجته بعد ذلك ؟ ولنفرض أن هذا الأجنبى انجليزى ظل محتفظا بجنسيته الانجليزية فهل له أن يطلق زوجته بمحض ارادته كسائر الأزواج المسلمين ؟

الواقع أن الأحوال الشخصية لهذا الشخص تبقى محكومة بقانونه الشخصى وفقا للمادة ٤ م . م . وهذا القانون الشخصى هو القانون الانجليزى ومن المعلوم أن هذا القانون لا يبيح الطلاق =

وبالتأمل فى هذا المثل نجد أن فكرة النظام العام لا تتعارض فى وجودها مطلقا مع وجود نظم شخصية سائدة فى مصر [١] . اذ من المعلوم أنه بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية يوجد على الأقل أربعة عشر قانونا مصريا ، أو بعبارة أخرى لا يوجد عندنا قانون واحد للأحوال الشخصية يمكن قياس القوانين والنظم الأجنبية عليه لمعرفة ما اذا كانت مخالفة للنظام العام أو لا . ولكن الظاهر أن المحاكم المختلطة قد تغلبت على هذه الصعوبة عن طريق اعتبارها نظام الشريعة الاسلامية النظام الغالب فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للمصريين ، فيرجع اليه لتحديد ما يخالف النظام العام من الأحكام الأخرى ، سواء وردت فى نظم أجنبية أو فى نظم مصرية أخرى على حسب الأحوال [٢] .

٣٠٣ — على أنه يلاحظ مع ذلك أن الاعتراف بصحة الطلاق فى القضية التى نحن بصددها أساسه الحقيقى اسلام الزوج ، اذ لولا اسلامه لما وجدت فكرة النظام العام هنا سبيلا . وهذا العامل الدينى لا وجود له فى قضاء الدول الأوروبية والأمريكية التى تأخذ أيضا بفكرة النظام العام فى مسائل الطلاق دون أن تتأثر فى ذلك بديانة الزوجين لأنها تشريعات وضعية بحتة . فاذا فرض أن عرضت أمام محكمة ايطالية دعوى طلاق من فرنسى على زوجته ، فانها

= بمحض ارادة الزوج لذلك لا يصح طلاقه خصوصا اذا لاحظنا أن هذا الانجليزى سيظل خاضعا لاختصاص المحكمة القنصلية الانجليزية فى هذه المواد .

على أنه يمكن القول من الجهة الأخرى ، أن هذا الشخص قد اعتنق الاسلام وبذلك أصبح مسلما مقيما فى دار الاسلام فتسرى عليه الأحكام التى تسرى على سائر الأزواج المسلمين . ولهؤلاء حق الطلاق فى مصر بمحض ارادتهم ، فيجب اذن أن يعامل نفس المعاملة تحقيقا للمساواة بين المسلمين فى دار الاسلام وهذا الاعتبار الأخير من النظام العام . واتباع هذا الرأى مقتضاه التجانس مع المبادىء الأساسية التى بنيت عليها الامتيازات .

ولكن رغم ما تقدم فانا نفضل الأخذ بالرأى الأول لأنه متجانس مع النصوص القانونية فى تنازع القوانين .

(١) قارن Pillet-Niboyet . ٥٣٤ وكذلك Arminjon . ١ . ٢١٧ .

(٢) قارن Arminjon . ١ . ٢١٧ و Pillet-Niboyet . ٥٣٤ .

لا تحكم به ولو أن التشريع الفرنسي يجيز الطلاق فى هذه الحالة . وأساس رفض المحاكم الايطالية لدعوى الطلاق هو تطبيقها لفكرة النظام العام ، اذ الطلاق محرم فى ايطاليا على الايطاليين فلا يعقل أن يتمتع الأجانب فى ايطاليا بحقوق أوسع من الايطاليين أنفسهم ، حتى لو كانت هذه الحقوق مقررة بمقتضى قوانين أحوالهم الشخصية [١] ، فيعتبر المشرع الايطالى أن الطلاق متناف مع الاحترام الواجب لعلاقة الزوجية بل يستلزم استمرار هذه العلاقة ، فكل عمل يرمى الى قطعها نهائيا مرذول ويجب عدم اقراره . ويتبع الحكم السالف أمام المحاكم الايطالية من باب أولى لو كان هذا الفرنسى مسلما ، اذ الأحوال الشخصية للفرنسيين تخضع لقانون جنسيتهم بغض النظر عن ديانتهم [٢] .

وقياسا على ما تقدم اذا عرض أمام المحاكم الفرنسية قضية طلاق بين زوجين أمريكيين لسبب خلاف الأسباب التى يعترف بها المشرع الفرنسى ، فان المحاكم الفرنسية لا تقضى بالطلاق [٣] عادة .

٣٠٤ — وظاهر أن مجال الأخذ بفكرة النظام العام فى مسائل الأحوال الشخصية فى مصر مقيد بقيد هام هو الديانة ، فاذا لم يكن أحد طرفى العلاقة مسلما من أول الأمر ، أو أصبح مسلما بعد ذلك ، فلا يتيسر الأخذ بفكرة النظام العام ، أو بعبارة أخرى لا يمكن استبعاد تطبيق القانون الأجنبى لمصلحة القانون الوطنى ، وهو هنا الشريعة الاسلامية باعتبارها النظام الغالب كما قدمنا . والعلة فى ذلك كما قلتها مرارا ترجع الى تعدد النظم الشخصية السائدة عندنا ، وأن لكل نظام منها ذاتيته الخاصة فلا يتعدى أحدها على الآخر ، ولو كان النظام المعتدى هو الغالب . ومع ذلك اذا حصل تعارض بينها وجب منطقيا الأخذ بالنظام الغالب . وسبق أن أشرت [٤] الى أن وزارة الحقانية لم تراع دائما هذا

(١) قارن رسالة Claps-Lienhart . السابق الاشارة اليها . ١٣٦ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet . ٥٢٥ .

(٣) قارن Bartin . ١ . ٢٤١ .

(٤) انظر قبله ٢٤٧ و ٢٤٨ وسنعرض الى هذه المسألة بايضاح أكثر فيما بعد .

المبدأ عند تنازع أحكام المجالس الملية مع أحكام المحاكم الشرعية .

٣٠٥ — ويستفاد مما تقدم أن من المحتمل أن تهمل المبادىء الرئيسية المقررة فى الشريعة الاسلامية ، متى كان النزاع بين أشخاص غير مسلمين أجانب كانوا أو مصريين ، فتقضى المحاكم مثلا بنصيب من التركة للولد غير الشرعى وكذلك للمتبنى ، مع أن الشريعة الاسلامية لا تقر هذين النظامين القانونيين ، بل وأكثر من هذا فان الشعور العام فى مصر يتأذى من توريث الولد غير الشرعى لما فى ذلك من تشجيع للعلائق غير الشرعية ، ولا شك فى أن المشرع المصرى لا يرضى فى الوقت الحاضر أن يقر هذه المبادىء حتى لو تحلل من قيد الامتيازات .

وعلى العكس من ذلك فان ما تبيحه الشريعة الاسلامية من حقوق أو ما ترتبه من التزامات فيما يتعلق بالمسلمين قد تهمله المحاكم الأوروبية فتقضى وفقا لتشريعها اذا ما عرض الأمر عليها . فاذا أراد مصرى أن يتزوج زوجة ثانية مسلمة فى انجلترا مثلا ، فان زواجه يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام[1] . وتقضى المحاكم الانجليزية بأن طلاق المصرى المسلم لزوجته غير المسلمة لا يقع صحيحا اذ لم تنطق به محكمة[2] ، فيعتبر اذن مخالفا للنظام العام ، ولو أن الطلاق صحيح وفقا لقانون موطن الزوج .

٣٠٦ — ويظهر أن أساس الأخذ بفكرة النظام العام ، على العموم ، هو أن النصوص الموضوعية فى التشريع الأجنبى الواجب التطبيق تختلف اختلافا محسوسا مع القواعد المماثلة الموجودة فى التشريع الوطنى ، حتى اذا أخذ بأحكام التشريع الأجنبى ، لما جاء الحكم عادلا فى نظر المشرع الوطنى وقضاته[3] . وهذا الأساس

---

(١) انظر قبله ٢٤٩ هامش (٣) والمراجع التى أشرنا اليها هنالك .

(٢) وحكم فى سنة ١٩٢٤ ببطلان الطلاق الحاصل بين اسرائليين من أهالى الاسكندرية ولو أنه صحيح طبقا لشريعة طائفتهما Rép . T . 6 .

(٣) قارن بحث Despagnet . Clunet . ١٨٨٩ . ٢١٨ .

متصل فى الواقع بأساس القانون الدولى الخاص برمته ، اذ عرفنا أن أساس الأخذ بقواعد تنازع القوانين هو وجود دول ذات أنظمة قانونية متشابهة تقوم على مدنية واحدة ومتقاربة . فاذا كان هناك تعارض بين المدنيات فلا محل للأخذ بهذه القواعد ، والواقع هنا تعارض بين الأنظمة القانونية . وهذا التعارض ظاهر الى حد أنه يوجب الامتناع عن الأخذ بالأحكام المبينة الأجنبية ، و يقتضى استبدالها بالنصوص الوطنية احتراما لفكرة النظام العام .

٣٠٧ — وبناء على ما تقدم يمكن تعريف فكرة النظام العام بأنها فكرة يراد بها استبعاد تطبيق القانون الأجنبى لمصلحة القانون الوطنى (وهو قانون القاضى) . لذلك اعتبر البعض أن فكرة النظام العام هى بمثابة دفع عام فى القانون الدولى الخاص exceptionis generalis du D.I.P. يطبقه القاضى من تلقاء نفسه كما يستند عليه الأخصام . ومعنى كونه دفعا عاما أن نطاقه ليس محدودا بناحية معينة ، بل فى كل مرة تقضى قواعد الاسناد بتطبيق قانون أجنبى ، فان دفع النظام العام متى توافرت عناصره يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبى والأخذ بأحكام القانون الوطنى [١] .

٣٠٨ — وتظهر فكرة النظام العام ، ككل فكرة قانونية أخرى فى شكل قواعد ، سواء كانت تلك القواعد تشريعية أو قضائية ، والتنظيم التشريعى لهذه القواعد ضئيل جدا فى العادة . وقد أورد المشرع الألمانى فى المادة ٣٠ من مقدمته نصا قرر فيه « أنه يستبعد تطبيق القانون الأجنبى اذا كان الأخذ بحكمه يؤدى الى مخالفة الآداب أو الأغراض التى يرمى اليها قانون ألمانى » [٢] . أما

---

(١) قارن Bartin . ١ . ٢٥٨ وكذلك بحث Weiss . مجلة معهد القانون الدولى ١٩١٠ . ٤٦٢ حيث يقرر أن فكرة النظام العام تتناول كل مادة القانون الدولى الخاص وكذلك دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٧٢ .

(٢) « L'application d'une loi étrangère est exclue quand cette application va à l'encontre des bonnes mœurs ou du but d'une loi allemande ».
راجع Makarov . ١٢٥ .

المشرع الفرنسى فقد اكتفى بايراد النص الوارد فى المادة الثالثة مدنى بشأن قوانين البوليس والأمن ، وكذلك نص المادة ٦ التى تقرر بطلان الاتفاقات المخالفة للنظام العام وللآداب [1] . وفى مصر سار المشرع المصرى على نهج المشرع الفرنسى فأورد حكما مقابلا للمادة ٦ فى المادة ٢٨ / ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وحكما مقابلا للمادة ٣ / ١ فى المادة ١٠ م . م . وظاهر أن النصوص الفرنسية وبالتالى النصوص المصرية أقل صراحة من النص الألمانى السالف الذكر ، ولا يخفى مقدار الغموض بشأن تحديد قوانين البوليس والأمن ، وكذلك تحديد معنى النظام العام والآداب . لذلك نرى ازاء الاعتبارات السالفة أنه يلزم لفهم فكرة النظام العام بالنسبة للعلائق ذات العنصر الأجنبي أن نرجع للقواعد القضائية التى أقرها القضاء فى الحالات المختلفة التى فصل فيها .

والخلاصة أنه توجد فى النظام القانونى لكل دولة قواعد يطلق عليها قواعد النظام العام وأن هذه القواعد أقوى من قواعد الاسناد ، اذ من المتفق عليه أنه عند التنازع بين هذين النوعين من القواعد تتغلب الأولى [2] .

---

(١) ونص المادة السادسة الفرنسية لم يذكر شيئا عن القوانين الأجنبية لأنه متعلق بالعلائق الوطنية البحتة . وهذا لا ينفى تطبيق فكرة النظام العام فى العلائق الأجنبية فما يكون مخالفا للنظام العام المقرر فى المادة السادسة قد لا يكون مخالفا للنظام العام المقرر فى القانون الدولى الخاص ، اذ فى هذه الحالة لا يصح الاتفاق على خلاف أحكامه ، ليس فقط بالنسبة للفرنسيين بل وأيضا بالنسبة للأجانب . قارن Bartin . ١ . ٢٤٤ . وهذا ما دعا بعض المؤلفين الى التفرقة بين تسميتى النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى .

أما قوانين البوليس والأمن فهى لا تتعلق فقط بالقوانين الجنائية بل مقصود بها أيضا القوانين المدنية التى يلزم الأخذ بأحكامها بالنسبة لجميع الأشخاص وطنيين كانوا أو أجانب . والواقع أن هذه القوانين اقليمية من أول الأمر فى غالب الأحيان وعلى الأخص اذا تعلقت بنظام الأموال ، أو كانت داخلة فى نطاق القانون العام كقوانين تنظيم العمل . قارن رسالة Claps-Lienhart . ١٣٤ وقبله ١٥٧ هامش (٢) ومؤلف Poullet . ٤٢٠ حيث تجد تحليلا منطقيا واضحا لهذه المسألة .

(٢) فقواعد النظام العام اذن قواعد وطنية وليست قواعد دولية فلا معنى لتسميتها بقواعد النظام العام الدولى لأن هذه التسمية تثير الشكوك حول طبيعتها . قارن Arminjon . ١ . ١٩٥ . وبحث Aubry المنشور فى Clunet . ١٩٠٠ . ٦٩٠ .

٣٠٩ — وفكرة النظام العام فى أساسها قديمة [(١)] رأيناها عند Bartole اذ أنه عند ما تكلم فى أثر القوانين خارج الاقليم فرق بين الأحوال المفيدة والأحوال المستهجنة ، فلم يبح الأخذ بأحكام هذه الأخيرة بل فضل عليها القوانين الاقليمية . وقد ازدهرت هذه الفكرة فيما بعد ، بفضل مجهودات Savigny و Mancini ، فأصبح من الثابت الآن أنه لا يمكن اجبار القاضى على الأخذ بقانون تتنافى أحكامه مع المصلحة العامة والشعور بالعدالة ، حتى لو أوصت بذلك قواعد الاسناد الوطنية .

٣١٠ — وقد اختلف الكتاب حول الطبيعة القانونية لقواعد النظام العام ، وأول من عالج هذه المسألة العلامة Savigny فقسم قواعد النظام العام الى قسمين : الأول — ويحوى القواعد الأشد الزاما [(٢)] وهى التى يلزم تطبيقها فقط داخل حدود الدولة فلا تتجاوزها الى اقليم دولة أخرى . الثانى — ويحوى القواعد المنظمة لأنظمة قانونية أجنبية غير معروفة فى قانون القاضى ولا يقرها هذا الأخير . وفى رأى الأستاذ أن القسم الأول من قواعد النظام العام يرتكز وجوده على اعتبارات متعلقة بالآداب (وذلك كالقواعد المتعلقة بمنع تعدد الزوجات) أو على اعتبارات متعلقة بالصالح العام (وذلك كالقواعد التى تحرم على اليهود امتلاك العقارات) . وأما القسم الثانى من القواعد فمثاله الموت المدنى الذى كان موجودا فى التشريع الفرنسى فى ذلك الوقت ، أو الرق الذى كان معترفا به فى أمريكا حينئذ . فالقواعد المتعلقة بمثل هذه الأنظمة لا تنطبق فى الخارج ، ويعتقد الأستاذ أنها فى طريق الزوال . فالأصل عند Savigny هو تطبيق التشريع الأجنبى الذى

---

(١) راجع فى تاريخ فكرة النظام العام فى خلال العصور المختلفة رسالة Claps-Lienhart ٥ — ٥٩ .

(٢) اذ من المعلوم أن القواعد القانونية كلها ملزمة ، ولكن لما كانت قواعد النظام العام ملزمة للوطنيين والأجانب على السواء اعتبرت أشد الزاما وفى الاصطلاح الفرنسى rigoureusement obligatoire . انظر Savigny . ٨ . ٣٤٩ و Makarov . ١٢٧ و Bartin . فى دراساته . ٢١٧ . وراجع قبله . ١٣٨ .

تقتضيه طبيعة العلاقة القانونية ، ولكن لما كان الأخذ بهذا المبدأ يترتب عليه في بعض الأحوال ضرر بالصالح العام ، فانه سمح ببعض الاستثناءات دفعا لهذا الضرر (١) . وأساس الأخذ بهذه الاستثناءات عنده هو عدم وجود التشابه والاشتراك بين الأنظمة القانونية في التشريعين ، ولقد رأينا أن أساس نظريته في تنازع القوانين الاتحاد والاشتراك القانوني بين الدول المسيحية .

٣١١ — ولقد صادفت نظرية Savigny نجاحا كبيرا لدى الكثيرين وعلى الأخص الأستاذ Bartin (٢) فأقرها وأتى بايضاحات جديدة لفكرة الاشتراك القانوني أي اتحاد الفكرة القانونية بين تشريعات الدول ، فقرر أن أساس الأخذ بالقوانين الأجنبية هو التقارب في المدنية، فاذا تباعدت المدنيات وبان أثر ذلك واضحا في النصوص القانونية كان لامناص من اهمال هذه النصوص الأجنبية ، وعندئذ تسترد النصوص الوطنية كامل سيادتها .

وعندي أن الأستاذ Bartin قد بالغ في رأيه لأن الأخذ بفكرة النظام العام ليس معناه دائما أن هناك تفاوتا كبيرا في المدنية ، فالمحاكم الفرنسية ، قد تمتنع عن تطبيق القانون الانجليزي في بعض الأحوال بناء على فكرة النظام العام ،ولم يقل أحد أن معنى ذلك أن المدنية الفرنسية أرقى بكثير من المدنية الانجليزية ! ! ويصلح هذا النقد نفسه بالنسبة للمحاكم المصرية التي امتنعت أحيانا عن تطبيق قوانين الدول الأكثر مدنية ، فقول الأستاذ Bartin صحيح بالنسبة للأمم المتبربرة أو أنصاف المتمدينة حيث يطبق نظام قانوني مبني على العادات الأولية فحسب ، أو نظام ديني بحيث يختلف في أساسه كل الاختلاف عن التشريعات الأوروبية ، وعندنا أن التعارض الذي يوجب الأخذ بفكرة النظام العام يحصل

---

(١) راجع Pillet-Niboyet . ٥٢٨ حيث يقرر أن النظام العام بمثابة دواء Remède ضد الأضرار التي تنجم عن الأخذ بالتشريعات الأجنبية .

(٢) انظر دراساته . ١٩١ و ٢١٧ وما بعدها و Pillet-Niboyet ٥٢٩ — ٥٣٠ حيث تجد نقدا لأفكار Bartin — والفكرة التي يقرها الأستاذ Niboyet وهي مقاربة لرأينا . وكذلك انتقادات Arminjon . ١ . ١٩٨ .

فقط بين بعض الأنظمة القانونية لابين تشريع وآخر برمته [١] .

٣١٢ — وعلى العكس من Savigny فان Mancini صاحب النظرية الايطالية الحديثة اعتبر أن قواعد النظام العام قواعد أصلية وأساسية لاينظر اليها كقواعد استثنائية تمنع من تطبيق القانون الأجنبي بل نظر اليها كعنصر أساسى من عناصر الوضع الطبيعى للأشياء [٢] ، فكما أن قانون جنسية الأشخاص هو الذى يحكم علائقهم فان هناك قواعد فى قانون القاضى لابد أن تحكم جميع العلائق بغير تمييز بين الوطنيين والأجانب ، فقانون جنسية الأشخاص يتلاشى فى هذا النوع من العلائق لكى يترك المجال لقانون القاضى وذلك أخذا بفكرة النظام العام التى تقوم على ضرورة احترام سيادة الدولة واستقلالها [٣] .

٣١٣ — وقد صادفت نظرية Mancini فى النظام العام نجاحا عند الأستاذ Pillet [٤] حيث يقرر أن الأخذ بقواعد النظام العام لايحصل عن طريق الاستثناء ، بل يتم باعتبارها القواعد المختصة بحكم هذا النوع من العلائق . فالقانون الوطنى هنا هو القانون المختص دون القانون الأجنبى الذى تشير به قواعد تنازع القوانين . فقوانين النظام العام قوانين عامة تسرى على الوطنيين والأجانب على السواء بقصد تحقيق الغرض الاجتماعى منها . والخلاصة أن القوانين العامة أو بعبارة أخرى القوانين الاقليمية هى قوانين النظام العام [٥] .

---

(١) قارن ما ذكرناه بالنسبة للقانون السوفيتى قبله ٣٤ — ٣٦ و Pillet-Niboyet ٥٥٤ فى هذا الصدد حيث تعرض للمسألة الأخيرة مفصلا .

(٢) راجع نظريته . قبله ١٤١ و Makarov . ١٢٨ .

(٣) ومن هنا يظهر مقدار حرص واضع النظرية على الاعتبارات السياسية . قارن Makarov . ١٢٨ .

(٤) وقد تناول النظرية فى مؤلفه . ١ . ١١٠ — ٢١٨ . وشرحها تلميذه Niboyet فى مؤلفهما المشترك . ٥٢٥ .

(٥) انظر Pillet-Niboyet حيث يضرب مثلا بالطلاق فى ايطاليا اذ لا يمكن طلب الطلاق فى محكمة ايطالية لأن القانون الايطالى بشأن الطلاق يرمى الى المحافظة على كيان العائلة . هذا الغرض الاجتماعى le but social لا يمكن تحقيقه اذا سمح بالطلاق وفقا لأحكام قانون أجنبى .

ويؤخذ على الأستاذ Pillet أنه خلط بين اقليمية القوانين وتعلقها بالنظام العام ، فاذا اعتبرنا قوانين النظام العام جزءا من القوانين العامة أمكن اذن الاستعاضة عنها بالقوانين الاقليمية ، وهكذا لا يوجد مبرر لبقائها . ومع ذلك فمن المتفق عليه أن القوانين الاقليمية لا تكفى وحدها لمنع تطبيق القوانين الأجنبية فى بعض الأحوال ، بل لا بد من الرجوع الى فكرة النظام العام لتحقيق ذلك ، ويظهر هذا بجلاء عند ما يقضى القانون الأجنبي بالأخذ بأحكام نظام قانونى مجهول لقانون القاضى ، أو كان يتعارض تعارضا ظاهرا مع اعتبار الصالح العام . ولا شك أنه لايمكن السماح بتطبيق أحكام هذا القانون فيستعان بفكرة النظام العام كوسيلة لدرء هذا الضرر . فالاستعانة بهذه الفكرة على حد قول البعض ضرب من ضروب الدفاع الشرعى [١] . فقوانين النظام العام ذات صبغة اقليمية لأنها تسرى على كل القطان وطنيين كانوا أو أجانب ، ولكن لا مناص من اعتبارها فصيلة منفصلة عن القوانين الاقليمية الأخرى المتعلقة بنظام الأموال أو القانون المحلى . فهذه القوانين رغم اتحادها فى صفة الاقليمية فانها تختلف من حيث الأفكار التى ترتكز عليها ولذلك يجب تمييزها بعضها عن بعض منعا من الخلط [٢] .

٣١٤ — وخلاصة ما تقدم أن Savigny ومن تابعه من الكتاب يعتبرون أن قواعد النظام العام قواعد استثنائية ، وان Mancini ومن نحا نحوه يعتبرون قواعد النظام العام قواعد أصلية أى أن قانون القاضى هو القانون المختص بصفة أصلية دون القانون الأجنبي الذى لا يختص أصلا فى مثل هذه الأحوال . ولقد حاول الأستاذ Frankenstein التوفيق بين النظريتين بوضعه نظرية وسط ولا داعى لشرحها هنا ، ولذا أكتفى بالاشارة اليها [٣] . وعندى أن النظرية التى تقوم على اعتبار تطبيق قواعد النظام العام كاستثناء يدخل على تطبيق قواعد تنازع

---

(١) قارن Pillet-Niboyet . ٥٢٧ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ٢٤٩ — ٢٥٣ .

(٣) وهى ملخصة فى مؤلف Makarov . ٢٣١ — ٢٣٢ .

القوانين أقرب الى الصحة لاتفاقها مع الواقع اتفاقا كبيرا كما يظهر ذلك من مراجعة أحكام القضاء .

٣١٥ — ولقد استتبع اختلاف الكتاب على طبيعة قواعد النظام العام ، أن اختلفوا حول نطاقه . اذ الواقع أن تحديد نطاقه يتغير بتغير النظرية التي يأخذ بها الكاتب . فنجد مثلا أن Pillet (١) جرى على تعداد قوانين النظام العام فوضع لها قائمة مقدما à priori وقد حوت هذه القائمة ثمانية أنواع ، هي القوانين المتعلقة بالقانون العام وقوانين الملكية والقوانين المالية وقوانين الثقة العامة، وقوانين أمن الأشخاص ، والقوانين المتعلقة بالآداب وقوانين النظام وقوانين التنفيذ .

واذا نظرنا الى هذه القوانين وجدنا أن الغالبية فيها تنطبق انطباقا عاديا دون حاجة الى فكرة النظام العام ، اذ لا يعقل مثلا في مسألة دستورية الرجوع الى قانون خلاف قانون القاضي ، وكذلك لا يعقل أنه في الجرائم وفي الأفعال الضارة يطبق قانون غير القانون المحلي وهو غالبا قانون القاضي . فمن الملاحظ اذن أن الأستاذ قد خلط بين القوانين الآمرة الاقليمية وقواعد النظام العام . فالقوانين الآمرة في العادة تطبق تطبيقا أصليا ولا يفكر أحد فيما يتعلق بموضوعها أن يطبق تشريعا أجنبيا ، أما قوانين النظام العام فهي تطبق اذا ما بدا أن الحكم الواجب التطبيق في التشريع الأجنبي ضار من وجهات معينة ، عندئذ تتدخل تلك القوانين وتكون لها الأسبقية في التطبيق .

ومما يسترعى النظر في تعداد الأستاذ لقوانين النظام العام اشارته الى قوانين الآداب والنظام ، فما هي هذه القوانين ؟ يظهر أن هذه القوانين الأخيرة هي التي تتعلق حقيقة بالنظام العام ولذا يصعب تحديدها ، نعم انه يمكن ضرب الأمثال بشأنها ولكن مع ذلك يصعب تحديدها . ومن الأمثلة التي اعتاد رجال

---

(١) مؤلفه ١ . ١١٤ — ١١٨ وقد اتبع هذه الطريقة الكاتبان Fiore و Weiss وكذلك نسجت مجموعة Bustamante على نفس المنوال . وتجد شرحا مختصرا لهذه الأنواع الثمانية في مؤلف Pillet-Niboyet ٥٣٧ — ٥٤٠ .

الفقه ايرادها القوانين الخاصة بالنفقات أو التى تمنع الالتزام لمدى الحيـاة التزاما شخصيا [١] . وقد قال ناقد عن تقسيمات Pillet أنه كان أولى بالأستاذ وأهون عليه أن يذكر القوانين غير الداخلة فى النظام العام .

٣١٦ — ازاء ما تقدم كان الرأى المعول عليه فى تحـديد نطاق النظام العام هو الرجوع الى أحكام المحاكم فى كل بلد على حدة لأن فكرة النظام العام متغيرة فى كل بلد عن الآخر ، بل وأكثر من ذلك فانها متغيرة أيضا فى نفس البلد بتغير الأوقات والأفـكار فيها [٢] . واذا رجعنا الى أحكام المحاكم المصرية وجدنا أحوالا كثيرة أخذ فيها بفكرة النظام العام ، وقد أشرت الى البعض منها فيما مضى وأضيف الآن بعض أحوال أخرى .

على أننى أوجه الأنظار مقدما الى أن نطاق الأخذ بهذه الفكرة محدود فى مصر عن سائر البلاد الأخرى نظرا لتعدد النظم الشخصية ووجود المحـاكم القنصلية ، أو بالتالى عدم اختصاص المحاكم الزمنية التى تأخذ بفكرة النظام العام، فى البلاد الأخرى عند نظرها مسـائل الأحوال الشخصية بصفة أصلية . ومن المعلوم أنه فى هذه المسائل تجد فكرة النظام العام مرتعا خصبا [٣] ، بخلاف الحال فى العلائق الأخرى ذات الصبغة المالية .

وأعرض الآن بعض حالات الأخذ بفكرة النظام العام فى مصر :

(١) أنه بعـد تحريم الرق فى مصر يكون للعبد الحق فى التصرف والزواج دون حاجة الى اذن سيده ، وكانت المحاكم تقضى قبل ذلك ببطلان الزواج الحاصـل من العبد بغير هذا الاذن ، وفى هذا مايثبت أن فكرة النظام العـام متغيرة بحسب الزمان ، كما سبق أن رأينا أنها متغيرة بحسب المكان [٤] .

---

(١) راجع Pillet-Niboyet ٥٤٠ .

(٢) قارن Bartin ١ . ٢٦٨ .

(٣) قارن Pillet-Niboyet . ٥٤٠ و Bartin . ١ . ٢٣١ وما بعدها . ودروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٧٣ وما بعدها .

(٤) ٦ فبراير ١٨٩٥ . م . ت . م . ٧ . ١١٠ .

(٢) أنه اذا كان عدم الأهلية مبناه سبب سياسى ، أو سبب متعلق باختلاف اللون أو الجنس أو نتيجة حكم جنائى صادر من محكمة أجنبية فلا يمكن الأخذ بها فى مصر لمخالفته للنظام العام والآداب [١] .

(٣) أنه اذا تألفت شركة بين ألمان فى شكل مقرر فى القانون الألمانى [٢] دون المصرى فلا يعترف بها فى مصر لمخالفة ذلك الشكل للنظام العام .

(٤) أن المادة ٢٦٣ / ٣٣٢ م . ا . م . تمنع التصرف فى التركات المستقبلة ولو برضا المورث ، وهذا المنع متعلق بالنظام العام [٣] .

(٥) وكذلك اذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون أجنبى وكانت نصوص هذا القانون مخالفة لمبادىء النظام العام فانه لا يعمل بها ، كما اذا اتفق الطرفان على تحكيم القانون السوفيتى فى مسألة متعلقة بالملكية .

(٦) ويعتبر شكل الرهن الرسمى ٦٥٧/٦٨١ ا . م . متعلقا بالنظام العام فلا يمكن الاستناد على قاعدة Locus للقول بحصته .

(٧) أنه اذا صدر حكم على مصرى بالنفقة لولده غير الشرعى من محكمة ألمانية فانه لاينفذ فى مصر [٤] لمخالفة العلاقة غير الشرعية للنظام العام .

والواقع أن المعاهدات والمؤتمرات قد فشلت فى تحديد فكرة النظام العام ، اذ تحديدها مبناه الاتحاد فى الأفكار القانونية ، وهذا الاتحاد يكاد يكون مستحيلا وعلى الأخص فيما يتعلق بالأحوال الشخصية [٥] .

---

(١) قارن Valéry . ١٠٤٤ . وأبو هيف بك ٤٢٤ و ٤٢٩ .

(٢) وهى شركة محدودة المسئولية خلاف الشركات المساهمة ١٢ يونيه ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩ . ٤ . ٣ .

(٣) راجع مجموعة Palagi للقانون المدنى تحت المادة ٣٣٢ م . م .

(٤) استئناف مختلط أول يونيه ١٩٣٥ . منشور فى مصر القضائية عدد ١٣ اكتوبر ١٩٣٥ . وقبله ٣٣٠ .

(٥) قارن اتفاقات لاهاى ١٩٠٢ بشأن الزواج وقرارات معهد القانون الدولى ١٩١٠ وتعليق Mercier فى المجلة . ١٩١١ . ١٦١ وما بعدها . ويظهر أن تحديد نطاق النظام العام مسألة وطنية بحتة يصعب الاتفاق بشأنها اتفاقا جميعا دوليا .

٣١٧ – فاذا ما أخذت محاكم دولة معينة بفكرة النظام العام ، فانه تترتب على ذلك آثار مختلفة ، يمكن تقسيمها الى نوعين ، آثار سلبية وأخرى ايجابية [١].
أما الآثار السلبية فتقف عند حد الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي الذى تشير بتطبيقه قواعد الاسناد الوطنية ، كما اذا عرضت على محكمة ايطالية دعوى طلاق مرفوعة من زوجة فرنسية على زوجها وفقا للقانون الفرنسى ، فان المحكمة الايطالية تقف عند حد رفض الدعوى ، أى عدم تطبيق القانون الفرنسى دون حاجة الى تطبيق القانون الايطالى . ويمكن تصور حصول فرض مماثل للمتقدم فى مصر ، وذلك أنه اذا ماأسلم الزوج القبطى ورفعت عليه زوجته دعوى بالفرقة وفقا لأحكام ديانة الأقباط الأرثوذكس التى تحكم زواجها ، فان هذه الدعوى ترفض لمخالفتها أحكام النظام العام دون حاجة الى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى النزاع . ففى هذه الأحوال وأشباهها تمتنع المحاكم الوطنية عن الأخذ بأحكام التشريع الواجب التطبيق وفقا لقواعد الاسناد . على أنه يجب أن نلاحظ وجود فارق بين المثلين السابقين ، ففى المثال الأول وجد التعارض بين قانون القاضى وقانون الأخصام ، وفى المثال الثانى وجد التعارض بين قانون القاضى وقانون الزوجة ، وهى تروم الاحتفاظ بحقوقها المكتسبة .

وأما الآثار الايجابية فمقتضاها أنه علاوة على الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبى على الوجه السابق تطبق المحكمة الأحكام الواردة فى قانونها ، وهذا هو ما يحصل غالبا . ويتحقق ذلك اذا ما كان تشريع الأحوال الشخصية للزوجين يستلزم ضرورة حصول الزواج فى شكل دينى (كالتشريع اليوجوسلافى) وكان تشريع القاضى يكتفى بالشكل المدنى ويعتبره من النظام العام . فاذا عقد الزواج فى داخل حدود البلد الأخير (كفرنسا) فان محاكمها تقر صحته (٣/٣م . ف) بأن تستبعد أحكام التشريع اليوجوسلافى الواجب .

(١) قارن Pillet-Niboyet ٥٥١ وما بعدها . و Arminjon . ١ . ١٢٠ ويلحق بهذا المثال حالة الزوجين الايطاليين اذا طلب أحدهما الطلاق من محكمة فرنسية .

التطبيق وفقا لقواعد الاسناد الفرنسية ، وتطبق أحكام التشريع الفرنسي في هذا الصدد لكونها متعلقة بالنظام العام [(١)] (٣ / ١ م . ف) . وقد رأينا أنه في مصر تمنع المادة ٢٦٣ / ٢٣٢ م . ا . م . التصرف في التركات المستقبلة وتعتبره مخالفا للنظام العام ، فيستبعد كل حكم مخالف في قوانين الأحوال الشخصية ويطبق الحكم الوارد في التشريع المصري . كما أن القبطي الذي يسلم تظل زوجته القبطية على عصمته وله الحق في استصدار حكم بالطاعة عليها وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية .

٣١٨ — وقد يؤدي تطبيق القانون الوطني أخذا بفكرة النظام العام الى استفادة الأجنبي من ميزة غير مقررة له بمقتضى قانونه ، كما حصل ذلك في قضية رجل أمريكي تزوج من سيدة فرنسية كانت تحترف الرقص والغناء في موزيكهول بباريس . فبعد تمام الزواج غادرت الزوجة باريس مع زوجها الى شيكاغو للاقامة هنالك ، ولكن لم يمض وقت طويل حتى تركت زوجها وقفلت راجعة الى باريس حيث بدأت حياتها الأولى من جديد ، فظهرت على المسرح رغم انذار زوجها لأصحابه بعدم سماحه بذلك . ولما عرض الأمر على المحكمة قضت على أصحاب المسرح بالتعويض ، وقررت في حكمها أن الزوجة الفرنسية رغم احتفاظها بجنسيتها وفقا لقانون سنة ١٩٢٧ ملتزمة بطاعة زوجها وبالذهاب معه حيثما أقام ، حتى لو كان الزوج أجنبيا لا يتمتع بهذا الحق بموجب قانون أحواله الشخصية . ويستفاد اذن من هذه القضية أن المحكمة الفرنسية قد اعتبرت أن اطاعة الزوجة الفرنسية لزوجها أمر متعلق بالنظام العام ، فاستبعدت

---

(١) وليس معنى ذلك أن كل قواعد النظام العام ترجع الى نص المادة ٣ / ١ م . ف . بل أن نطاق النظام العام غير مقيد وأساسه ضرورة حماية مصالح الجماعة ومشاعرها ، فمثلا القاعدة التي بمقتضاها أنه لايصح تعدد الزوجات في أوروبا لا تعتبر ضمن قوانين البوليس والأمن ومع ذلك فهي متعلقة بالنظام العام . قارن بالنسبة لزواج المصريين دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ١٧٤ Pillet-Niboyet . ٥٥٦ .

قانون الزوج الذى يحكم الزواج وطبقت قانونها بناء على الاعتبارات السالفة [١] .

ومن قضاء المحاكم الفرنسية فى هـذا المنحى أيضا أن اكتساب الحق قد يكون مخالفا للنظام العام ، ولـكنه اذا اكتسب الحق تحت سلطان قانون أجنبي وجب احترامه فى بعض الأحيان [٢] . فالمسلم مثلا لا يسوغ له أن يتزوج فى فرنسا زوجة ثانية ، ولـكنه اذا تزوج ودخل فرنسا ومعه زوجاته فتحترم هـذه الصفة ، وكذلك الحقوق الناشئة عنها . وكذلك اذا طالب أحـد أولاد الزوجة الثانيـة بالميراث بناء على أنه ولد شرعى قبل طلبه . ولـكن اذا أراد الزوج الحكم له بالطاعة على زوجته الفارة منه فهل يقضى له بذلك ؟هذا مارفضته المحاكم الألمانية [٣] .

وأخيرا فان آثار النظام العام سلبية كانت أو ايجابيـة لا تتعدى بلد القاضى ، وحكم هـذا الأخير لا يحترم فى البلاد الأخرى اذا خالف النظام العام فيها [٤] .

٣١٩ — وعبارة النظام العام فى ذاتها غير متفق عليها ، فمن الكتاب [٥] من يستعمل اصطلاح النظام العام موصوفا بكلمة دولى فيقول ، النظام العام

---

(١) وتعرف هذه القضية باسم Nelson Morris وهـذا هو اسم الزوج وأما الزوجة فهى الراقصة الشهيرة Jeanne Aubert والحكم صادر فى ٨ ابريل ١٩٣٠ منشور بالمجلة ١٩٣٠ . ٤٦٤ وما بعدها . ودروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٧٨ . ورسالة Edmond Aubry السابق الاشارة اليها . ٢٦٥ .

(٢) وهناك أحوال أخرى لا يحترم فيها هذا الحق كما اذا اكتسب حق مثلا تحت سلطان القانون السوفيتى أو اكتسب حق تحت سلطان قانون يبيح رهن المنقول رهنا رسميا فهنا لا يحترم الحق المكتسب لمخالفته للنظام العام . راجع Pillet-Niboyet . ٥٦٢ وما بعـدها . وبالنسبة للقانون السوفيتى . راجع Makarov . ١٣٥ وما بعدها .

(٣) راجع موسوعة القانون الدولى تحت كلمة « Ordre public » . والمجلة . ١٩١٣ . ١٠٣ .

(٤) قارن Bartin فى دراساته . ٢٧٧ وعكس ذلك Pillet-Niboyet . ٥٦٠ .

(٥) أنظر Pillet . مبادىء . ٢٩٦ و Weiss . ٣ . ٩٥ . Valéry ٥٦٨ .

الدولى وذلك تمييزا له عن النظام العام الداخلى وهذا الأخير يسرى فقط على الوطنيين دون غيرهم ، وعلى ذلك يكون المقصود به القواعد القانونية الآمرة التى لا يمكن الاتفاق على خلافها بين الوطنيين . وهذا النوع من النظام العام أشارت اليه المادة ٦ م . ف . والمادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ومن أمثلته القاعدة التى تحدد سن الرشد : ٢١ عاما فى مصر فانها متعلقة بالنظام العام ، بمعنى أنه لا يسوغ الاتفاق على عكسها بين المصريين . ولا يمنع ذلك مطلقا من أن تكون سن الرشد فى التشريعات الأخرى أقل أو أكثر . أما النظام العام الدولى فيسرى على الأجانب والوطنيين على السواء كالنصوص المتعلقة بالرق والطلاق وتعدد الزوجات الخ . وانى أستلفت الأنظار بهذه المناسبة الى أن النصوص الآمرة فى التشريع المختلط تعتبر من هذه الوجهة متعلقة بالنظام العام الدولى لأنها تسرى على الأجانب والوطنيين على السواء فيما يتعلق بالعلائق التى تتم فى مصر ، أما بالنسبة للعلائق التى لا تخضع للقانون المختلط فان فكرة النظام العام تأخذ شكلا آخر ، وقد رأينا مثالا لذلك فى قضية الايطاليين التى أجازت لها المحكمة الاتفاق على فوائد أكثر من ٩ ٪ وفقا لتشريعها . فالأخذ بنصوص التشريع الايطالى فى هذا النوع من التعامل لا يعتبر مخالفا للنظام العام الدولى فى مصر ولو أن المادة ١٨٥ م . م . معتبرة من النظام العام وسارية على المصريين والأجانب على السواء مادام التعامل حاصلا فى مصر . على أن اصطلاح « نظام عام دولى » منتقد لأنه يشعر بوجود نظام عام مشترك بين الدول المتحدة فى المدنية على الأقل ، وفى هذا مخالفة للواقع لأن فكرة النظام العام كما هو معلوم مختلفة فى كل بلد عن الآخر وان اتحدت فى بعض المظاهر [1] (كتعدد الزوجات فى البلاد الأوروبية) .

---

(١) راجع Arminjon . ١ . ٢٢٢ وكذلك رأينا أن فكرة النظام العام متغيرة فى البلد الواحد باختلاف الأزمنة . راجع فى التفرقة بين قواعد النظام العام وغيرها من القواعد . نفس المرجع السابق . ٢٢٤ — ٢٢٥ .

ازاء ماتقدم رأى البعض [١] اقتراح تسمية جديدة ، أساسها التفرقة بين النظام العام المطلق ويقابل النظام العام الدولى ، والنظام العام النسبي ويقابل النظام العام الداخلي . ولكن يعاب على هذه التسمية أن النظام العام دائما مطلق حيث كان ، اذ الاطلاق خصيصة رئيسية فيه .

وهناك تسميات كثيرة أخرى قال بها الشراح ، وعلى الأخص الألمان ، ولا أرى داعيا للاسترسال هنا فى هذا الموضوع ، مكتفيا بالاشارة الى التسمية الجديدة التى قال بها الأستاذ Arminjon [٢] وهى « قواعد الاسناد الوطنية البحتة » . وفى اعتقادى أن هذه التسمية غير موفقة ، لأن قواعد الاسناد هى قواعد وطنية ووصفها بكلمة « بحتة » لا يكفى للاشارة الى قواعد النظام العام والآثار المترتبة عليها .

المبحث الثانى

فى

الغش نحو القانون

٣٣٠ — وفكرة الغش نحو القانون صعبة التحديد اذ يحيط بها الغموض، ولذلك أثارت كتابات وأبحاثا كثيرة من جانب الكتاب ، وقد اتسع نطاق الخلاف بشأنها فشمل اسمها ، فمن الكتاب من يسميها « التحايل على القانون » ومنهم من يسميها « الثورة على القانون والتهرب من أحكامه [٣] » .

---

(١) ومنهم Lainé و Despagnet فى مقاله Clunet . ١٨٨٩ . ٢١٨ .

(٢) انظر مؤلفه ١ . ١٩٠ حيث استعمل للدلالة عليها اصطلاح « règles de rattachement purement nationales » .

(٣) قارن دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٨٨ والاصطلاح الفرنسى لهذه الفكرة هو « Fraude à la loi » .

٣٢١ — ومؤدى هذه الفكرة [١] أن القانون الواجب التطبيق قد يقضى فى نصوصه الآمرة باتباع أمر أو فى نصوصه المانعة بالامتناع عن عمل فللتخلص من هذه الأحكام يعمد الأشخاص الى جعل تصرفاتهم محكومة بقانون أجنبى خال عن العقبات السالفة . وللوصول الى تحقيق غرضهم يغيرون الظروف التى تحيط بتصرفهم حتى يصبح تطبيق القانون الأجنبى مشروعا بمقتضى قواعد تنازع القوانين الوطنية [٢] . مثال ذلك أن يشترط قانون بلد معين شروطا بشأن انشاء نوع معين من الشركات. فيرى الأعضاء المؤسسون أن هذه الشروط شديدة ، لذلك يعمدون أحيانا الى تكوين شركتهم فى الخارج تحت سلطان قانون أجنبى لا يقر الشروط السالفة ، ثم يعودون الى ممارسة أعمالهم فى البلد الأصلى على اعتبار أن تكوين شركتهم صحيح وفقا للتشريع الأجنبى ، وبهذا يتيسر التهرب من أحكام القانون الوطنى الآمرة باتباع اجراءات معينة أو التى تستلزم توافر شروط موضوعية معينة ، اذ تكون للشركة فى هذه الحالة جنسية البلد الذى تأسست فيه مع أنه كان من الطبيعى أن تكون لها جنسية بلدها الأصلى [٣] .

كما أنه يحصل أحيانا أن يستلزم التشريع الوطنى فى بلد ما لصحة تصرف (كالهبة) شكلا رسميا ، بينما لا يستلزم تشريع بلد أجنبى مجاور هذا الشكل فيذهب المتعاقدان الى هذا البلد لا لسبب سوى الرغبة فى الاستفادة من أحكام هذا

---

(١) قارن Henri Desbois فى رسالته « La notion de la fraude à la loi et la jurisprudence française 1927-270 وكذلك مقال Perroud فى Clunet ١٩٢٦ — ١٩ — ٢٦ وكذلك Makarov . ١٤٨ .

(٢) والحاصل أن التصرف فى ذاته لا يحوى ما يشعر بأنه قد تم بقصد التهرب من تطبيق أحكام تشريع معين وانما مجموعة الظروف التى تحيط به هى التى تنبئ عن ذلك. وعلى هذا فانه لاثبات نية التهرب يجب التحقق من وجود الظروف السالفة التى تدل عليه . قارن رسالة Desbois . ٢٠٨ وكذلك Pillet-Niboyot . ٥٧١ و ٥٨٦ .

(٣) رسالة Desbois . ٢٥٥ وقارن ٢٩ ابريل ١٩٠٨ . م . ت . م . ٢٠ . ٢٢٢ وأبو هيف بك ٤٥٥ .

التشريع الأجنبى ، اذ أن تعاقدهما سيعتبر غالبا صحيحا شكلا وفقا لقواعد تنازع القوانين الوطنية التى تقضى بالأخذ بقاعدة ... Locus . وفى هذا المثل يرمى الواهب والموهوب له الى التهرب من النصوص المانعة من عقد الهبة فى شكل عرفى (١) .

وفى المثالين السابقين نجد صورة حقيقية من صور الغش نحو القانون ، اذ توجد هناك صورة أخرى ملحقة ، مؤداها أن يتعمد شخص الاضرار بالحقوق المكتسبة لآخر فيعمد الى ايجاد ظروف معينة تسمح بتطبيق قانون أجنبى معين يختلف فى أحكامه عن القانون الأصلى . فالغش هنا حاصل ضد الحقوق المكتسبة مباشرة ، لا النصوص التشريعية كما فى الصورة الأولى ، ومثال ذلك أن يتجنس زوج بجنسية أخرى رغبة فى الاستفادة من تشريع الأحوال الشخصية فى القانون الجديد الذى يقر الطلاق ، على خلاف التشريع الأصلى الذى عقد الزواج تحت سلطانه ، فيضر بالحقوق المكتسبة لزوجته .

وتتحقق هذه الصورة كثيرا فى مصر وذلك عن طريق تغيير الديانة لا تغيير الجنسية ، فيحصل أن يغير بعض المسيحيين ديانتهم و يعتنقون الاسلام كى يتمكنوا من طلاق زوجاتهم والتزوج بأخريات مخالفين بذلك أحكام ديانتهم الأصلية ، وقد أشرت الى أن المحاكم الشرعية والمحاكم المختلطة تقر الطلاق فى هذه الحالة (٢)

---

(١) قارن Desbois . ٢٥١ وما بعدها وكذلك رسالة Leven فى جنسية الشركات . ١٨٩٩ .

(٢) راجع أخيرا حكم محكمة مصر الكلية محاماة ١٤ . ٦٢١ والأحكام الأخرى التى أشرنا اليها فى بحثنا المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الخامسة ٣٠١ وما بعدها .

ويحصل فى العمل أن يعتنق قبطى الاسلام كى يتمكن من اسقاط نفقة زوجته المحكوم بها من المجلس الملى وذلك عن طريق طلاقه لتلك الزوجة أو عن طريق رفعه لدعوى طاعة عليها فتمتنع فتعد ناشزا ، ومن ثم تسقط نفقتها ويصدر الحكم بالسقوط من المحكمة الشرعية لاعتبارين : أولا : أن الزوج مسلم ، ثانيا : أن اختلاف الملة يؤدى الى هذه النتيجة ، فيكون الحكم من باب أولى اذا اختلفت الديانة .

وعند صدور حكم بالطلاق أو بسقوط النفقة فان المجلس الملى لا يعترف به بل يعتبر أن الزوجية مازالت قائمة وأن النفقة باقية ، على أنه يحصل أحيانا أن يقضى المجلس الملى بدوره =

وان خالف المقرر فى أحكام قانون الجنسية بالنسبة للأجانب المتجنسين بالجنسية المصرية أو فى أحكام الملة وذلك بالنسبة للمصريين غير المسلمين . ومما لا جدال فيه أنه فى الحالتين لاتقر المحاكم الأجنبية ولا المجالس الملية هذا الطلاق بل تعتبر أن الزواج ما زال قائما الا اذا قضت هذه الأخيرة ببطلانه بناء على اعتناق الزوج للاسلام [1] .

= بانفساخ الزوجية نظرا لاسلام الزوج فاذا لم تصل الأمور عند هذا الحد فان التضاد يظل قائما بين الحكمين ، حكم المحكمة الشرعية وحكم المجلس الملى ، ويثار النزاع بشأن قوتهما عند التنفيذ فتدعى المحاكم الأهلية للفصل فى الاشكال أو بالحرى تدعى الى تفضيل أحد الحكمين على الآخر .

ولقد قامت الخلافات حول عملية التفضيل هذه ، الا أن الرأى الغالب قضاء ، على الأخص بعد صدور حكم محكمة النقض المصرية فى ٢١ يونيه ١٩٣٤ هو تفضيل الحكم الشرعى . ومبنى هذا الرأى اهمال الأخذ بفكرة الغش نحو القانون لأن من العبث تحليل الدوافع التى حدت بالشخص لاعتناق دينا من الأديان ، كما أنه يكون فى أغلب الأحيان من التورط فى اثم سوء الظن الجرى وراء شبهات خادعة للطعن فى عقيدة الشخص والانتقاص من ايمانه .

وعند ما تعرضنا لبحث هذه المسألة فى مقالنا السابق الاشارة اليه ، أوضحنا النتائج التى تترتب على العمل بكل من الرأيين كما أننا أشرنا الى رأى القضاء المختلط (٣١٢ — ٣١٣ المرجع السابق) وقد حللنا الاعتبارات التى تحيط المسألة وهى اعتبار وجوب احترام الحقوق المكتسبة للزوجة واعتبار النظام العام وأخيرا الاعتبار الخاص بالغش نحو القانون .

ومن رأينا أنه يجب على المحاكم المدنية أن تبحث ظروف كل حالة على حدة وأن صعوبة بحث العامل النفسانى لا يمكن أن تقوم عقبة فى سبيل تحقيق العدالة واحترام الحقوق المكتسبة خصوصا أن هناك أحوالا تظهر فيه نية الغش بوضوح ، كما اذا كان تغيير الديانة قد حصل فى أثناء نظر دعوى النفقة أمام المجلس الملى أو عند التنفيذ بحكمه . ويحصل أحيانا أنه عند ما يتخلص المحكوم عليه من كل الأعباء السابقة أن يرتد عن الاسلام ثانية الى ديانته القديمة وربما عاد الى تكرار هذه المأساة مرة أخرى اذ أن تغيير الديانة عمل انفرادى ، ولذا كان من غير الدقيق قياسه على تغيير الجنسية وهو عمل أساسه توافق الارادتين (راجع مقالنا السابق ٣١٩ — ٣٢٠) .

(١) والواقع أن فكرة الغش نحو القانون تقوم على توافر عنصرين : العنصر الأول ، ومؤداه الموازنة بين نتائج تطبيق القانون الأجنبى ونتائج تطبيق القانون الوطنى الأصلى . العنصر الثانى وهوالعنصر المعنوى ، ومؤداه وجود نية التهرب . قارن André Tiran . ١٤٩. انظر Arminjon ١ . ٢٣٢ وكذلك Pillet-Niboyet . ٥٧٨ وبالنسبة لتغيير الديانة وأثره Pillet-Niboyet . ٥٨٢ .

٣٢٢ — وفى المثلين الخاصين بالصورة الثانية نجد فكرتى النظام العام والغش نحو القانون جنبا الى جنب ، فالطلاق الذى يحصل يقع صحيحا بناء على الأخذ بفكرة النظام العام ، ولا يعترف به من المحكمة الأصلية بناء على فكرة الغش نحو القانون . ونظرا لوجود هذه العلاقة الوثيقة بينهما قرر الأستاذ Bartin أن فكرة النظام العام تعتبر أساسا للأخذ بفكرة الغش نحو القانون ، اذ أن المحاكم الوطنية تمتنع عن تطبيق القانون الأجنبى وتطبق قانونها الوطنى لاعتبارات متعلقة بالنظام العام مؤداها اعطاء السيادة من جديد للقانون الوطنى الذى تعمد الأشخاص اهماله (١) .

ولا نعتقد فى صحة هذه الملاحظة من جانب الأستاذ لأن فكرة الغش نحو القانون أسبق ظهورا من فكرة النظام العام ، اذ أن هذه الأخيرة انما ظهرت وترعرعت بظهور مبدأ الجنسيات وسيادة الدولة ، أما الأولى فمعروفة من قديم الزمان ، منذ القول بعينية العادات (٢) ، اذ اعتاد الأفراد الانتقال من مقاطعة الى أخرى للاستفادة من الشكل المتبع فى هذه المقاطعة وفقا لقاعدة ... Locus . وبهذه المناسبة فانه من الملاحظ فى عصرنا الحالى ، أن بعض الفرنسيين كلما أرادوا الهروب من الأشكال المكملة للأهلية واجراءات العلانية اللازم اتباعها فى فرنسا فى الزواج فانهم يرحلون الى انجلترا حيث لا تعتبر هذه الاجراءات مكملة للأهلية بل جزءا من الشكل ، ويعقدون زواجهم وفقا للشكل الانجليزى (٣) . وقد سارت المحاكم الفرنسية على الحكم

---

(١) اذ أن من يغير جنسيته فى الظروف السالفة يعتبر فى مركز أحسن من مواطنيه الذين يعتبرون أنفسهم فى مركز أقل لسبب تمسكهم بجنسيتهم . قارن Bartin فى دراساته . ٢٤٤ و ٢٦٩ ويؤيده فى ذلك Arminjon . ١ . ٢٤٢ وراجع رسالة André Tiran . ١٥٢ Pillet-Niboyet . ٥٧٤ .

(٢) راجع Lainé . ٢ . ١٩٩ وما بعدها . ورسالة Desbois السابق الاشارة اليها ٢٠٥ ورسالة André Tiran السابق الاشارة اليها . ١٤٧ .

(٣) وعلى الأخص فانهم يذهبون الى حدود اسكوتلاندا حيث يحق لحداد أن يعقد زواجا صحيحا ، وذلك فى جهة Gretna Green .

ببطلان هذا الزواج شكلا مطبقة فكرة الغش نحو القانون ، وذلك اذا تبين لهما أن الزوجين انما قصدا الهرب من تطبيق القانون الفرنسى .

ويحصل أيضا فى أوروبا أن يغير الزوجان أو أحدهما جنسيته [١] بقصد الحصول على الطلاق الذى لا يبيحه قانون الزواج . فتغيير الجنسية يحصل اذن بطريق الغش لأنه يقصد به استبعاد أحكام القانون الوطنى وتطبيق أحكام القانون الأجنبى . وفى قضية شهيرة تعرف باسم صاحبتها الأميرة بوفرمون لم تعترف المحاكم الفرنسية بصحة الطلاق الذى نطقت به المحكمة الألمانية ، اذ أن هذه الأميرة وهى بلجيكية الأصل تزوجت من أمير فرنسى ثم أرادت الطلاق منه (ولم يكن القانون الفرنسى يبيح الطلاق فى ذلك العهد) فغيرت جنسيتها واكتسبت جنسية احدى الولايات الألمانية وتمكنت بذلك من الحصول على الطلاق من محاكم هذه الولاية ، ثم تزوجت من أمير رومانى يدعى Bibesco فلما عرض أمر هذا الطلاق على المحاكم الفرنسية قضت بعدم صحته مطبقة فكرة الغش نحو القانون [٢] .

٣٢٣ — ففكرة الغش كما هى موجودة فى العلائق الداخلية تظهر أيضا فى العلائق الخارجية ذات العنصر الأجنبى [٣] . ومن الملاحظ أنها تتشابه الى حد

---

(١) انظر رسالة Desbois . ٢٠٨ — ٢٥١ . حيث تجد أمثلة مختلفة للمزايا التى يسعى الأفراد لتحصيلها عن طريق تجنسهم بجنسية أجنبية خلاف الجنسية الفرنسية . وهذه المزايا كما تتعلق بالقانون الخاص قد تتعلق أيضا بالقانون العام . وقارن رسالة André Tiran ١٥٤ — ١٥٥ .

(٢) وسنرى فيما بعد أن المحاكم البلجيكية لم تعترف بصحة هذا الطلاق بدعوى أن التجنس لم يحصل باذن من الزوج . انظر تفصيل هذه القضية فى رسالة Desbois . ٢١٨ وكذلك فى دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٨٩ وقارن المادة الثامنة من اتفاقية لاهاى ١٢ يونيه ١٩٠٢ اذ تقرر أنه فى حالة اختلاف جنسية الزوجين ، فان آخر قانون مشترك بينهما هو قانون جنسيتهما أى قانون أحوالهما الشخصية . Pillet-Niboyet . ٥٧٩ .

(٣) ولكن هل يمكن تصور هذه الفكرة فى أحوال تطبيق قانون ارادة المتعاقدين ؟ راجع فى ذلك Desbois . ٢٧٨ وما بعدها . وكذلك بالنسبة لنقل المنقول من بلد الى آخر يرجع لمؤلف Arminjon . ١ . ٢٢٨ اذ المقصود هو مجرد استبدال قانون الموقع القديم بقانون الموقع الجديد .

كبير مع فكرة اساءة استعمال الحقوق لأن العبرة بالنية فى كل ، وهى نية الاضرار [١] . وكذلك تشتبه مع فكرة أخرى معروفة فى القانون الادارى باسم « تحويل السلطة » اذ يقصد الأشخاص الاستفادة من قواعد تنازع القوانين الوطنية فى غير ما وضعت له ، لأن هذه القواعد موضوعة لحكم العلائق التى تحصل بصفة عادية بدون تعمد لايجاد ظروف خاصة تسمح بتطبيقها على الوجه الذى يراه أصحاب المصلحة .

٣٢٤ — ولقد قامت مجادلات كثيرة حول الأخذ بفكرة الغش نحو القانون فوجد لها المحبذون والناقدون ، فيقول المحبذون [٢] انه لا يجوز للمحاكم الوطنية أن تقر الحيل التى ترمى الى التهرب من تطبيق نصوص القانون الوطنى الآمرة أو المانعة ، لما فى ذلك من اساءة استعمال لقواعد تنازع القوانين الوطنية ، فيجب اذن أن يرد على هؤلاء الأشخاص قصدهم ويسترجع القانون الوطنى سلطانه من جديد .

ولما كان من المشاهد أن الأشخاص يرومون غالبا الاستفادة من تطبيق قاعدة . . Locus قال أحد محبذى الأخذ بالفكرة وهو Sir Walter Philimoore فى مؤتمر جمعية القانون الدولى الذى عقد فى جلاسجو سنة ١٩٠١ [٣] ، ان اتباع الرأى المعارض يترتب عليه أن الأشخاص الذين تمكنهم ماليتهم من الخروج من بلادهم يكونون دائما فى حل من مخالفة قوانينهم ، ولا يكون للقوانين الوطنية من هذه الوجهة سلطان الا على الفقراء الذين لا يستطيعون السفر . لذلك وجد

---

(١) قارن Pillet-Niboyet . ٥٨٢ والمراد بتحويل السلطة الدلالة على الاصطلاح الفرنسى Le détournement du pouvoir .

(٢) انظر Desbois . ٢٨٥ حيث يقرر أن هذه الفكرة من بقايا الخضوع الدائم Allégeance perpétuelle وانما الخضوع هنا يكون غالبا لقانون الجنسية وكذلك ٢٩١ وما بعدها . ومن أنصار هذه الفكرة Bartin و Pillet و Laurent و Valéry و Surville وكذلك André Tiran فى رسالته . ١٥٣ .

(٣) أبو هيف بك . ٥٥٨ .

من قال بحصر نطاق تطبيق هـذه النظرية فى بعض المسائل أخصها شكل التصرفات [١] .

أما ناقدو [٢] الأخذ بهذه الفكرة فيقولون ان الشخص الذى يوجد فى بلد معين يحق له اتباع الشكل المحلى ، والقاعدة أن من استعمل حقه لايسىء الى أحد Neminem ledit qui suo jure utitur ، ويضيفون على ما تقدم أن الأخذ بهذه الفكرة يؤدى الى الارتباك اذ مدارها الاعتماد على نية الأشخاص ، وهذه المسألة داخلية يصعب التحقق منها وتحديدها ، كما أنه قد تتوافر نيـة الغش لدى أحد المتعاقدين دون الآخر . ومما لا جدال فيه أنه يساء الى الغير الحسنى النية بابطال التصرف اذا أخذنا بالفكرة السالفة .

وعندى أن صحة التصرف أو ابطاله يجب أن تترك لتقدير المحاكم التى تقضى بالحل الملائم لكل حالة على حدة دون التورط فى وضع مبدأ واجب الاتباع مقدما [٣] à priori .

٣٢٥ — وقد أخذت المحاكم بفكرة الغش نحو القانون ، وأقصد بالمحاكم ، المحاكم الوطنية أى محاكم القانون الوطنى الذى تعمد الأشخاص اهماله [٤] دون محاكم البلاد الأخرى التى لا تحمل نفسها مشقة البحث فى نية الأشخاص ، بل

---

(١) قارن Arminjon . ١ . ٢٣٩ — ٢٤١ وقال Bartin بوجوب حصرها فى مسائل الطلاق والانفصال الجثمانى . « دراسات » . ٢٤٩ .

(٢) ومنهم Audinet و Von Bar و Weiss و Wechter وراجع فى الحجج التى اعتمدوا عليها رسالة André Tiran . ١٤٧ وانظر Arminjon ١ . ٢٣٤ — ٢٣٨ حيث عقد مبحثا لمعرفة ما اذا كان يعترف بفكرة الغش نحو القانون فى القانون الدولى الخاص أو لا .

(٣) ولا توجد نصوص تشريعية مقررة لهذه الفكرة فى أغلب التشريعات . انظر مع ذلك المادة ١٥٩ من القانون الأرجنتينى . Makarov . ١٥٠ ومقالنا فى « تغيير الديانة وآثاره » . ٣١٩ .

(٤) فمثلا اذا تحصل ايطاليان على حكم بالطلاق من محكمة فرنسية وعرض أمر صحة هذا الطلاق على محكمة ايطالية فانها لا تعترف به تطبيقا لفكرة الغش نحو القانون وهذا الأثر سلبى كما هو ظاهر . قارن رسالة André Tiran . ١٥١ و Pillet-Niboyet . ٥٨٨ .

تكتفى بالعناصر الموضوعية المادية لأنها ملموسة تاركة جانبا العناصر الشخصية التى يصعب الوقوف عليها [١].

ومن جهة أخرى فان محاكم القانون الأجنبى ، الذى قصد الأشخاص تطبيقه ، تقضى وفقا لقانونهما ، حتى لو ظهر لها أن قصد الأشخاص هو التهرب من تطبيق أحكام قانونهم الأصلى . وهذا ماقضت به المحاكم الفرنسية فى قضية شهيرة باسم امرأة Ferrari ، وهى فرنسية الأصل تزوجت من ايطالى ، ثم تمكنت من استرداد جنسيتها الفرنسية لكى تتحصل على الطلاق من زوجها ، مخالفة بذلك أحكام القانون الايطالى الذى يحكم الزواج. فاعتمدت المحاكم الفرنسية تغيير الجنسية وقضت بالطلاق ، وذلك رغم أن هذا التغيير تم بقصد الغش اذ أريد به استبعاد تطبيق القانون الايطالى [٢].

المبحث الثالث

فى

المصلحة الوطنية [٣]

٣٢٦ — المصلحة الوطنية نظرية مقتضاها أن لاتطبق أحكام التشريع

---

(١) قارن مع ذلك حكم محكمة باريس فى ٢٤ يناير ١٩٣٠ فى قضية Lurat وقد أشار اليها Lucien Chéron فى رسالته ٢٠٣ وتناولناها بالتعليق فى مقالنا « أثر تغيير الديانة » . ٣١٧ .

(٢) والحكم فى هذه القضية منشور فى المجلة ١٩٢٢ . ١ . ١٣٩ وعليه تعليق من الأستاذ Colin وأخذت محكمة النقض بنفس المبدأ فى حكم أحدث ١٤ مارس ١٩٢٨ . دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ . ١ . ٢٥٣ ورسالة Lucien Chéron . فى رسالته السابقة ٢٤٥ وما بعدها .

(٣) ويسميها البعض أحيانا المصلحة العامة . قارن دروس Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ . ١٨٦ حيث يقرر أن التسمية غير موفقة ويقترح تسمية جديدة هى «مبدأ الجهل القانونى المغتفر» Le principe de l'ignorance juridique excusable وسيتبين أن هذه التسمية أقرب اتفاقا وانسجاما مع الموضوع رغم طولها .

الأجنبي فى مسائل الأهلية اذا كان ذلك من شأنه الاضرار بصالح مواطنين ، فاذا تعامل وطني مع أجنبي على اعتبار أن هـذا الأخير أهل للتعامل ثم تبين فيما بعد أنه غير أهل وفقا لأحكام قانون جنسيته الذى يعتبر الشخص بالغا رشده فى سن الخامسة والعشرين مثلا ، فان مثل هذا التعاقد لايمكن ابطاله من جانب الأجنبي بناء على نقص الأهلية اذا كان الوطنى قد تعامل بحسن نية و بدون رعونة ولا عدم تبصر (١) .

٣٢٧ — وهـذه النظرية مقررة تشريعيا فى تشريعات مختلفة أخصها التشريع الألمانى فى مادته السابعة من المقدمة والتشريع السويسرى والسويدى والپولونى ، وكذلك أخذ بها القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد . وكان ذلك فى قضية شهيرة تعرف باسم قضية Lizardi و Lizardi هذا شاب مكسيكى كان يعيش عيشة بذخ فى باريس سنة ١٨٦١ ، فذهب يوما الى محل لبيع الجوهرات حيث اشترى مجموعة غالية الثمن ، ووقع لهذا الغرض سندات تصرف لصاحب المحل ، فعند صرفها قام الاعتراض ، وتبين أن هذا الشاب مازال قاصرا وفقا للقانون المكسيكى لأن سنه وقتئذ لم تتجاوز الثالثة والعشرين مع أن سن الرشد فى فرنسا هى الحادية والعشرين . فقضت المحكمة (٢) بصحة الكمبيالات وبمسئوليته

---

(١) والواقع أن عذر الجهل بالقانون هنا مقبول ولذا قرر القضاء صحة التصرف . قارن رسالة Edmond Aubry . ٢٤٥ حيث ينصح مع ذلك بضرورة الحذر فى الأخذ بفكرة المصلحة الوطنية منعا لاهدار تطبيق القوانين الأجنبية . ويقرر أن تطبيق القانون الفرنسى فى هذه الأحوال يصح أن يحصل اما بناء على أنه قانون بلد تمام العقد أو بناء على اعتبارات النظام العام . وينازع الكاتب فى متانة الأساسين السالفين . نفس المرجع ٢٤٦ .

(٢) والحكم الصادر من محكمة النقض فى ١٦ يناير ١٨٦١ . ١ . ٣٠٥ ودالوز ١٨٦١ . ١ . ١٩٣ وقد اتبع نفس الحكم بالنسبة للهولنديين فى فرنسا قارن ٨ فبراير ١٨٨٣ . ٢ . ١٦٩ وقارن كذلك حكم ٢٢ يوليه ١٩٣٣ . سيرى . ١٩٣٤ . ١ . ٢٣٠ بالنسبة لأهلية المرأة المتزوجة الرومانية حيث أعطى زوج لزوجته اذنا بالتصرف وكان هذا الاذن باطلا لعدم استيفاء الشروط المقررة فى قانون دولة رومانيا ، ومع ذلك فقد حمت المحكمة الفرنسية العاقد الفرنسى ضد هذا البطلان . والحاصل أن نظرية المصلحة الوطنية =

أخذا بنظرية الصالح الوطنى . ومنذ هذا التاريخ توالت الأحكام فى القضاء الفرنسى بشأن هذه النظرية . وقد نسب البعض (١) أساسها لفكرة الاثراء بلا سبب ، فهي اذن لا تتعلق لا بالأهليــة ولا بالحالة ، كما أنه لا علاقة لها بالنظام العام . على أنه من الجهة الأخرى قد وجه اليها بعض الكتاب النقد ، فقالوا ان فى اتباعها هدما لقواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالأحكام الواجبة التطبيق على أهلية الأجانب(٢) ، ولكن الأغلبية من رجال الفقه تؤيد الأخذ بها ورجعوا ، تأييدا لوجهة نظرهم ، الى فكرة الاثراء بلا سبب ، وقالوا مع ذلك بضرورة اتباع التفرقة الآتية .

أولا : أنه بالنسبة للعقود الجارية Courants وهى التى يترتب عليها حتما منفعة للقاصر كالعقود المتعلقة بمأكله ومشربه وعلاجه ... الخ لا بد من احترامها ، أى يؤخذ هنا بالنظرية .

ثانيا : العقود الأخطر من السالفة . وهى التى تستلزم تحوطات أكثر كبيع العقارات مثلا فانه يجب احترام حكم القانون الأجنبى فى هذه الحالة ، أى أنه لا يؤخذ بالنظرية لأن الوطنى يعتبر مقصرا لعدم تحريه عمن يتعامل معه تحريا كافيا . ولا شك فى أن فيصل التفرقة السالف قد يدق فى بعض

= لا تقتصر فقط على حالة نقص الأهلية لعدم بلوغ سن الرشد المقرر فى قانون الأحوال الشخصية بل تمتد الى الأسباب الأخرى فى نقص الأهلية وهى الحجر لأسبابه المختلفة ، وكذلك بالنسبة للمرأة المتزوجة التى يفترض القضاء فى فرنسا أن لديها توكيلا ضمنيا من زوجها فى شراء مايلزم لحاجياتها وحاجيات المنزل مع بقاء مسئولية الزوج قائمة اذ لا يحق له الاحتجاج بعدم اعطاء الاذن للتهرب من هذه المسئولية . قارن رسالة Edmond Aubry السابق الاشارة اليها . ٢٤٣ وما بعدها .

(١) ومن أنصارها Weiss. ٣ . ١٦٤ . و Surville نبذة ١٥١ و Bartin فى دراساته ١٩٦ وقارن . Pillet-Niboyet ٧١٢ — ٧١٣ .

(٢) انظر Pillet . ١ . ٥١٠ وهنا تظهر فائدة اخضاع الأهلية لقانون الموطن ، اذ علاقة الموطن ظاهرة خلاف علاقة الجنسية التى قد تخفى .

الأحيان [١] .

وعلى أية حال فمن المقرر أنه اذا استعمل الشخص وسائل من شأنها ايهام العاقد الوطنى أنه أهل، ثم ثبت عكس ذلك فيما بعد، يعتبر مسئولا مسئولية فعاية لارتكابه فعلا ضارا، وعرفنا أن الفعل الضار يخضع للقانون المحلى [٢] .

٣٢٨ — وقد تساءل البعض فى مصر عما اذا كان من الممكن الأخذ بهذه الفكرة (فكرة الصالح الوطنى) أو لا ؟ فيرى المرحوم أبو هيف بك [٣] جواز ذلك معتمدا على نص المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية و ٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . وهذا التعليل فى اعتقادنا محل نظر، اذ أن مجال تطبيق مبادىء العدالة والقانون الطبيعى غياب النص الوضعى أو غموضه أو عدم كفايته، أما هنا فالنص صريح فى أن الحكم فى الأهلية المطلقة أو المقيدة يرجع فيه لقانون الأحوال الشخصية، سواء كان قانون الجنسية أو قانون الديانة، ويرى الأستاذان الزينى ورياض [٤] أن هذه النظرية غير مطبقة فى مصر .

واذا رجعنا الى أحكام المحاكم المختلطة فى هذا الصدد وجدناها تقرر امكان مخالفة المبدأ المقرر فى المادة ١٩٠ م.م اذا كان عدم الأهلية مقررا بصفة استثنائية بأن كان راجعا الى حكم مقرر للحجر أو للافلاس والاستثناء فى الحالة الأخيرة أساسه الأخذ بمبدأ اقليمية اشهار الافلاس [٥] كما أنه حكم أيضا، أنه اذا حصل غش من الأجنبى بأن أبرز أوراقا مزورة لاثبات أهليته للتعامل فانه لا يؤخذ بأحكام قانونه . وظاهر أن أساس الحكم بالمسئولية هنا هو الفعل الضار . وقضى أيضا أنه اذا كان هناك من الظروف ما يحمل على الاعتقاد أن الطرف الآخر

---

(١) قارن رسالة Edmond Aubry . ٢٥٠ و Pillet-Niboyet . ٧١٣ .

(٢) قارن أبو هيف بك . ٤٣٠ — ٤٣١ والأحكام التى أشار اليها . والمسئولية هنا فعلية حسب الاصطلاح الذى ابتكرته محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١١ ابريل سنة ١٩٣٥ مجلة القانون والاقتصاد . السنة الخامسة ملحق ١٥٩ .

(٣) راجع مؤلفه . ٤٢٨ .

(٤) انظر مذكرات الأستاذ الزينى ٢٥٧ . ومؤلف الأستاذ رياض . ٢ . ١٩١ .

(٥) انظر موسوعة القانون الدولى تحت كلمة « Intérêt national » .

مصرى يبلغ الثـامنة عشرة وكان هذا الشخص فى الحقيقة قاصرا وفقا لقـانونه الايطـالى فان تعاقده صحيح [(١)] .

ويتبين ممـا تقدم ، وعلى الأخص ، من هذا الحكم الأخير أن للنظرية أساسا يمكن الارتكاز عليه فى القضاء المختلط [(٢)] . وأنه يجب الأخذ بهـا حماية للمصريين من مفاجآت التشريعات الأجنبية بعد أن وحدت سن الرشد الآن بالنسبة للمصريين جميعا ، وذلك بمقتضى قانون١٣ أكتوبر سنة١٩٢٥ .ولاشك فى أنه يمكن الاستعانة فى هذا الصـدد بفكرة الاثراء بلا سبب ، كما فعل الفقه والقضاء فى فرنسا [(٣)] .

---

(١) ٦ يناير ١٩٠٨ م . ت .م . ٢٠ . ٥٠وقد أورده المرحوم أبو هيف بك٤٣١ .

(٢) ومن أغرب الأحكام المختلطة التى عثرنا عليها فى هذا الصدد الحكم الصادر فى القضية الآتية :

كان النبيل عمر حليم متزوجا من سيدة مصرية اعتادت أن تـكلف محل Lucien Lelong فى باريس بعمل ما يلزم لها من ثياب . وحدث أن كلفت الزوجة هذا المحل بعمل ملابس غالية القيمة ، فلما طالب المحل النبيل بالوفاء رفض الدفع مقررا أن زوجته مصرية وأن أهليتها فى التعاقد كاملة وفقا للتشريع المصرى ، ويترتب على ذلك أنها مسئولة وحدها عن الوفاء ، خصوصا أنها قد طلقت . وقال محامى المدعى أن الزوج مسئول عن الوفاء بناء على نظرية الوكالة الضمنية المقررة فى فرنسا بالنسبة للزوجات الفرنسيات . وأن الفرنسى لا يضار بأحكام النصوص الأجنبية المتعلقة بالأهلية حتى لو كانت تقرر أهلية المرأة كاملة . وقد أخذت المحـكمة المختلطة بهذه النظرية ولا شك أن ذلك تطبيق لنظرية المصلحة الوطنية . فكأن المحـكمة المختلطة قد قضت كما لو كانت تقضى المحـكمة الفرنسية . والغريب فى هذا الحـكم أن النظرية السالفة انما يرجع اليها حماية للوطنيين، فكان من المعقول أن يستند عليها فى مصر حماية للمصريين ، ولـكن منع من ذلك وجود المحاكم المختلطة بصفتها الدولية الظاهرة ، وان كان المفروض أنها مصرية اسما . وعلاوة على ذلك فان القول بالوكالة الضمنية فى فرنسـا دائما بالنسبة للمرأة الأجنبية الأوروبية مشكوك فيه ، فالمسألة خلافية هنالك . راجع رسالة Edmond Aubry . ٢٥١ — ٢٦٣ والخلاصة أنه بمقتضى هذا الحـكم الصادر من محكمة مصرية ولو اسما ، تخضع أهلية امرأة متزوجة مصرية لحـكم القانون الفرنسى ! ! والحـكم صادر فى ٢ مايو ١٩٣٥ م . ت . م . ٤٧ . ٢٩٣ .

(٣) تراجع المادة ١٩١/١٣١ مدنى أهلى ومختلط وأبو هيف بك المرجع السابق . وفى شرح أحكام القانون الخاص بالمجالس الحسبية مؤلف الأستاذ هاشم محمد مهنا القاضى بالمحـاكم الأهلية ١٩٣٥ .

الفصل الخامس

النظريات الحديثة فى تنازع القوانين (١)

تمهيد

٣٢٩ — رأينا فى أثناء دراستنا لتنازع القوانين فى مصر مقدار النقص والغموض الذى يحيط بالنصوص التشريعية ، وكذلك الاختلافات الواسعة المدى بشأن الحلول الواجبة الاتباع ، وأن القضاء قد سار فى سبيل حلها على هدى العادات الدولية واتباع مبادىء العدالة ، فلعب دورا هاما ودقيقا ، وذلك نظرا لما تثيره مسائل تنازع القوانين من صعوبات ترجع فى أساسها الى تعلقها بسيادة الدولة على اقليمها وعلى رعاياها فى الخارج . على أن القضاء لم يكن فى مقدوره مطلقا أن يتخلى عن تطبيق النصوص التشريعية والوطنية مهما ظهر له من عجزها وقصورها عن تحقيق العدالة ، اذ أن مهمته هى تطبيق النصوص التشريعية والتقيد بها قبل أى اعتبار آخر ، لذلك كان من الطبيعى أن يترك جانبا الحلول التى يشير بها رجال الفقه مادامت متعارضة مع النصوص التشريعية الصريحة ، حتى لو كانت هذه الحلول عادلة وموافقة. ازاء هذه الاعتبارات ظهرت حركة فقهية فى فرنسا ترمى الى التنقيح فى قواعد تنازع القوانين (٢) . على أن الاصلاح قد تحقق فعلا فى بعض التشريعات

---

(١) وأقصد بذلك النظريات التى ظهرت عقب ظهور التشريع المصرى ، اذ قد شرحنا النظريات السابقة عليه فى الفصل الأول من هذا الكتاب .

(٢) وهذه الحركة متواضعة اذ تتجه فى الغالب الى وضع نصوص جديدة فيما يتعلق بحالة الأجانب فى فرنسا وحالة الفرنسيين فى الخارج . على أنه من وجهة تنازع القوانين البحتة يرى الفقه الفرنسى ضرورة الرجوع الى قانون الموطن لحكم بعض مسائل الأحوال الشخصية . ويظهر أن السبب فى ذلك راجع الى كثرة هجرة الأجانب الى فرنسا فوجد أنه من المصلحة اخضاعهم للقانون الفرنسى ولا يتيسر ذلك الا عن طريق الأخذ بقانون الموطن فقالوا به . انظر المشروع الذى بحث فى جمعية الدراسات التشريعية الفرنسية فى مجلتها سنة ١٩٢٨ وسنة ١٩٣٠ . وقارن Pillet-Niboyet . ٧٠٢ — ٧٠٥ .

الحديثة الأخرى فارتفع عنها كثير من الغموض ، واستكمل بذلك جانب كبير من النقص ، ووجد القضاء فى هذه البلاد عونا فى النصوص التشريعية فارتكز على أساس متين ظاهر . ولم تقف حركة الاصلاح عند حدود النصوص الداخلية بل عقدت المؤتمرات والاتفاقات فى سبيل توحيد بعض القواعد وذلك تحقيقا للأغراض المشتركة بين الدول ؛ ومحافظة على تحقيق العدالة فى العالم المتمدين(١).

٣٣٠ — ومع ذلك فقد ظهرت باكورة حركة الاصلاح فى فرنسا ، فقال كتابها بضرورة التحرر من ربقة النظريات السابقة على مجموعة نابليون ، وظاهر أن المراد بذلك هو نظرية الأحوال فى صورها المختلفة . ولقد بينا فيما مضى مقدار تأثر المشرع الفرنسى بها ولو أنه لم يقررها صراحة (٢) . والواقع أن شراح مجموعة نابليون الأولين أجمعوا على احترام نظرية الأحوال (٣) ، ولكن تبين بعد ذلك لرجال الفقه أن التعلق بأهداب هذه النظرية ضار بالمصالح المختلفة ، وأن الأولى التحرر من قيودها فوجهوا اليها سهام النقد ولم يقفوا عند حدود الانتقادات التى وجهت اليها فى القرن الثامن عشر ، بل أظهروا لها مثالب جديدة ، فادعوا أن المشرع الفرنسى تنكر لها ودللوا على ذلك من طريق تفسيرهم للمادة الثالثة تفسيرا خاصا (٤) ، ومن طريق مقارنتها بنظرية الأحوال القديمة وقالوا بضرورة التوسع فى تطبيق قانون الجنسية ما أمكن . والخلاصة أن القضاء الفرنسى أعطى نفسه

---

(١) وقد رأينا فيما مضى أن الاتفاقات الجمعية أقل نجاحا من غيرها .

(٢) راجع قبله ١١٨ وما بعدها . حيث قررنا أن المشرع الفرنسى قد تأثر بحلول نظرية الأحوال دون أن يأخذ بها كاملة .

(٣) وتابعهم فى هذا الرأى Vareille-Sommières فى مؤلفه سنة ١٨٩٧ .

(٤) فقالوا ان المادة الثالثة فى فقرتها الأولى تتكلم عن النظام العام وهى فكرة كانت مجهولة عند الكتاب الأقدمين . وكذلك فان الفقرة الثانية بسكوتها عن ذكر المنقولات يمكن أن تعتبر تطبيقا للقاعدة الأولى . والفقرة الثالثة تدل دلالة صريحة على البعد عن نظرية الأحوال القديمة اذ أخضعت الحالة والأهلية لحكم قانون الجنسية بدلا من قانون الموطن . انظر Weiss فى كتاب العيد المئوى للقانون الفرنسى ١ . ٢٤٩ — ٢٦٢ .

الحرية من جديد فى تفسير قواعد تنازع القوانين تفسيرا متفقا مع تغير الحالات الجديدة دون التقيد بمبادىء نظرية الأحوال المهجورة [١]، بل وأكثر من هذا فقد اتجه الفقه اتجاهات أخرى فابتدع بعض رجاله نظريات مبتكرة لحل مسائل تنازع القوانين .

٣٣١ — ولا يمكننى هنا أن أتكلم عن كل النظريات المقترحة بل أكتفى فقط بشرح أهمها . لذلك أبدأ أولا ببحث نظرية الأستاذ Pillet لأنها تمثل اتجاها هاما فى الفقه الفرنسى . ومؤدى هذا الاتجاه وضع نظام [٢] عالمى لحل مسائل تنازع القوانين . فاذا ما فرغنا من هذه النظرية أعقبناها بنظرية أخرى هى نظرية الأستاذ Bartin لأنها تمثل بدورها تجاها آخر لايقل أهمية فى الفقه الفرنسى ، اذ ترمى الى وضع حلول معقولة لمسائل تنازع القوانين ، كل على حدة ، فطريقته اذن طريقة تحليلية .

٣٣٢ — ولكن لما كانت حركة الاصلاح غير مقصورة على فرنسا بل امتدت الى غيرها من سائر البلاد كبلجيكا [٣] وألمانيا فاننى أفضل الكلام بايجاز فى نظرية أحد الشراح الألمان الحديثين ويسمى Frankenstein وذلك للوقوف على حالة نظريات تنازع القوانين فى ألمانيا بعد ظهور نظرية Savigny وصدور التشريع الألمانى الحديث فى سنة ١٩٠٠ .

---

(١) انظر مؤلف Donnedieu de Vabres السابق الاشارة اليه فى مقدمته ١ — ٢٠ .

(٢) وهو ما يطلق عليه بالفرنسية Système universel فكان بذلك مقلدا لنظرية Mancini من حيث الطريقة وان خالفه من حيث الغرض .

(٣) وفى بلجيكا ابتدع Poullet نظرية جديدة لا داعى لشرحها هنا .

المبحث الاول

فى

نظرية الأستاذ Pillet [١]

٣٣٣ — ويعطى الأستاذ نظريته عنوانا خاصا وهو « مدرسة تحديد الآثار الدولية للقوانين من طريق اعتبار غرضها [٢] » . وقد ظهرت هذه النظرية منذ سنة ١٨٩٤ ، وتعهدها صاحبها بعد ذلك بالعناية فى مؤلفاته وأبحاثه ، وتتميز بصبغتها العلمية البحتة ، اذ أنها بعيدة عن الاعتبارات السياسية ، كما هى الحال فى نظرية Mancini . فيرمى الأستاذ Pillet الى وضع حلول عادلة لمسائل تنازع القوانين ، دون الجرى وراء تحقيق أى غرض سياسى . ومن الممكن العثور على أوجه شبه كبيرة بين ما قال به Pillet وما قال به Savigny من قبل . ولقد لاحظ ذلك Pillet فاعتبر نفسه متمما لما قال به Savigny .

٣٣٤ — ويرى Pillet أن من الأوفق أن تكون قواعد تنازع القوانين ذات صبغة دولية ظاهرة [٣] ، وذلك على خلاف ما هو واقع من أن لهذه القواعد صبغة وطنية بحتة ، اذ تعتبر جزءا من التشريعات الداخلية ، وتطبق فى داخل كل دولة دون مراعاة لنظائرها فى الدول الأخرى . فيقرر Pillet أن النسج على هذا المنوال كثيرا ما ينتهى بالظلم والعدوان على حقوق الأفراد ، وأن الأجدر بالدول ،

---

(١) "Ecole de la détermination de l'effet international des lois par la considération de leur but" أى أن القوانين تبحث وتفحص وفقا للأغراض التى تنشدها . ولذا يطلق العميد Valéry على هذه النظرية اصطلاح "Système téléologique" .

(٢) وهنا يبدأ الشبه بينه وبين Savigny . وهذا لا ينفى أن لنظرية الأستاذ مميزاتها الخاصة بها .

(٣) وظهرت هذه النظرية فى أول الأمر فى الأبحاث التى نشرها الأستاذ فى مجلة Clunet فى السنوات ١٨٩٤ — ١٨٩٦ ووضعها فى شكلها النهائى فى مؤلفه المطول . ١ . نبذة ٢٩ وما بعدها ، وعالجها فى كتابه المختصر Manuel من جديد وانضم اليه مؤيدا تلميذه Niboyet فى مؤلفهما المشترك . ٤١٣ وما بعدها .

أو بعبارة أخرى بتشريعات الدول ، أن لا يتجاهل بعضها البعض ، بل على العكس لابد أن تتعاون فى سبيل تحقيق العدالة بين جميع الأفراد بغض النظر عن انتسابهم لدول مختلفة .

٣٣٥ — ويعتبر الأستاذ أن تنازع القوانين هو فى الحقيقة تنازع بين سيادات التشريعات المختلفة ، وأنه من اللازم أن تحترم سيادة كل تشريع أكبر احترام ممكن[١] ، فكما أن الأفراد فى حياتهم اليومية ، وهم مستقلون كل عن الآخر ، يدينون بعضهم لبعض باحترام متبادل كى يتمتعوا بأكبر قسط من الحرية ، كذلك التشريعات ، فانه رغم استقلالها فى حياتها الدولية لا بد أن يحترم بعضها البعض كى تتمتع بأكبر قسط ممكن من السيادة . ولايوجد فى هذا الاحترام المتبادل ما يشعر بامتهان بعض التشريعات لمصلحة البعض الآخر . وعلى ذلك اذا عرضت مسألة من مسائل تنازع القوانين فانه يترك حلها للتشريع الذى يهمه أكثر من غيره حل هذا التنازع ، وهذا هو مظهر الاحترام الواجب لهذا التشريع ؟ ولكن كيف يتعين هذا الأخير ؟

٣٣٦ — لتعيين ذلك التشريع يرى الأستاذ ضرورة البدء ببحث خصائص التشريع loi فى القانون الداخلى . و بيان ذلك أن للنصوص التشريعية خصيصتين هامتين :

الأولى : الاستمرار ، ومعنى ذلك أن التشريع ، بمجرد ظهوره الى حين الغائه يسرى على الأشخاص دون انقطاع فى أى جهة كانوا فى داخل حدود

---

(١) ونقطة البداية هذه عند الأستاذ تشعر بجلاء أن أساس نظريته هو مبدأ وجوب احترام سيادة التشريع أكبر احترام ممكن le maximum de respect de souveraineté . وهذا المبدأ كما هو ظاهر متصل بالقانون الدولى العام ، ولا غرابة فى ذلك لأن الأستاذ كما رأينا يعتبر القانون الدولى الخاص قانونا دوليا ، على الأقل فى أغلب مظاهره . انظر قبله ٧٨ ومؤلف Pillet Niboyet . ٤١٤ وراجع فى وجوب التفرقة بين هذا المبدأ ومبدأ المجاملة الدولية نفس المرجع ٤١٥ .

الدولة ، فمثلا القانون الذى يجعل سن الرشد بالنسبة للمصريين ٢١ عاما [١] يحكم القصر منهم منذ ولادتهم الى حين بلوغهم بطريقة مستمرة ما دام هذا التشريع لم يلغ بآخر .

الثانية : العمومية بمعنى أن القانون يطبق على كل المواطنين الموجودين فى داخل حدود الدولة . فالخصيصة الأولى متعلقة بالزمان والخصيصة الثانية متعلقة بالمكان .

وفى تحليل الأستاذ لخصائص القانون على الوجه السالف تحاشى العلائق ذات العنصر الأجنبى ونظر فقط الى المسألة من وجهة داخلية محضة . فاذا انتقل الأستاذ الى نطاق تنازع القوانين فانه يقرر أن القوانين الداخلية لا بد أن تفقد احدى هاتين الخصيصتين ، اذ ليس من الممكن أن تسرى هذه القوانين على جميع الأفراد التابعين لدول مختلفة ، كما أنه لا يمكن أن تسرى فى داخل حدود الدول الأخرى ، والا أصبحت قوانين دولية بالمعنى الحقيقى ، وهذا أمر غير متحقق الى الآن .

٣٣٧ — وعلى ذلك فالقوانين الداخلية بالنسبة للعلائق الأجنبية ، اما أن تقوى فيها خصيصة الاستمرار فتتبع الأشخاص الى الخارج extra-territoriale واما أن تقوى فيها خصيصة العمومية فتسرى على الأجانب فى داخل حدود الدولة territoriale . فيجب اذن معرفة متى تتغلب احدى هاتين الخصيصتين على الأخرى . ولتحديد ذلك يرى الأستاذ ضرورة بحث الغرض الاجتماعى للتشريع [٢] ، على الوجه الآتى :

افترض الأستاذ أن فرنسيا موجودا فى الخارج أراد الزواج فما هو القانون

---

(١) وكذلك التشريع الذى يحكم الزواج فانه يحكم كل عقد من هذا النوع بطريقة مستمرة ما دام الزواج قائما . راجع Pillet-Niboyet . ٤١٦ .

(٢) ويقول Pillet فى هذا الصدد « Le but social est l'âme de la loi » أى أن الغرض الاجتماعى للتشريع هو روحه . قارن دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ٢١٣ .

الذى يحكم أهليته ؟ وهل هو القانون الفرنسى باعتبار أن هذا القانون مستمر ، أو القانون الأجنبى باعتبار أن هذا القانون عام ؟ لا شك أنه من غير الممكن تطبيق التشريعين فى وقت واحد بل لا بد من التضحية بأحدهما (أقل القانونين تضحية [١]) وترك المجال للتشريع الذى له مصلحة أكبر فى حكم هذه العلاقة . فاذا قلنا بتطبيق القانون الفرنسى فمعنى ذلك أننا اعترفنا لهذا القانون بأثر خارج اقليمه ، اذ يحكم الرعايا الفرنسيين حتى لو وجدوا فى الخارج ، فتقوى بذلك خصيصة الاستمرار ، ونكون فى الوقت نفسه قد أهملنا تطبيق التشريع الأجنبى ، وكأن عموميته أو اقليميته فى داخل حدود بلاده ليست مطلقة . ففى الصراع بين الخروج عن الاقليمية ، والاقليمية تغلبت الأولى على الثانية فيما يتعلق بهذا التنازع ، فلم ذلك ؟ يجيب الأستاذ عن هذا بأنه من اللازم تحقيق الغرض الاجتماعى للقانون ، اذ لكل قانون غرض اجتماعى يرمى اليه ، فاذا أهمل أصبح التشريع عبثا . وتحقيق هذا الغرض الاجتماعى ليس مقصورا فقط على العلائق الداخلية بل يتناول أيضا العلائق الدولية . فتحقيق الغرض الاجتماعى للقانون قد يوجب تغليب خصيصة الاستمرار فى بعض الأحوال وتغليب خصيصة العمومية فى البعض الآخر ، كما هى الحال بالنسبة للقوانين المتعلقة بالعقارات أو القوانين الجنائية فخصيصة العمومية هى التى تتغلب اذ تطبق هذه القوانين على كل الأشخاص الموجودين داخل حدود الدولة [٢] بما فيهم الأجانب حتى من كان منهم مارا بها .

فيلزم اذن الوقوف على الغرض الاجتماعى للقانون نظرا لأهميته السالفة . ولم يغفل الأستاذ عن الصعوبات التى تقوم فى سبيل ذلك ، فوضع وسيلة لاكتشاف هذا الغرض الاجتماعى ، مدارها ضرورة التساؤل مبدئيا عمن يعود

---

(١) أو ما يعبر عنه بالفرنسية la loi du monidre sacrifice . قارن Pillet-Niboyet . ٤١٨ ومختصر دالوز . ٢٠٦ .

(٢) وهى ضمن قوانين النظام العام عنده كما رأينا لأنها موضوعة لضمان المصالح العامة garantie sociale وليست لحماية المصلحة الفردية protéction individuelle راجع قبله . ٣٤٢ .

عليه النفع من تطبيق التشريع . فاذا كان الغرض من التشريع هو منفعة الفرد تغلبت خصيصة الاستمرار ، وكان للتشريع أثر خارج الاقليم ، ولكن اذا كان الغرض من التشريع هو تحقيق نفع للجماعة تغلبت خصيصة العمومية ، وكان للتشريع صبغة اقليمية . وينبنى على ذلك ، أننا اذا امتنعنا عن تغليب احدى هاتين الخصيصتين ، كل فى نطاقه ، فات علينا تحقيق أغراض التشريع فى الحالتين . وقد رأينا الأمثلة التى ضربها الأستاذ بشأن القوانين الخاصة بأهلية الزواج والقوانين المتعلقة بالعقارات .

٣٣٨ — والوسيلة التى يقول بها الأستاذ للوقوف على الغرض الاجتماعى فى القانون ذات وجهين . وقد رأينا وجهها الايجابى ، أما وجهها السلبى فمداره وجوب التساؤل عمن يضيره عدم تطبيق القانون ، ففى المثال الخاص بأهلية الزواج يقرر الأستاذ أن عدم تطبيق القانون الفرنسى يضر بالشخص ، فهذا القانون اذن مستمر [١] ، ولذا يطبق على الفرنسيين فى الخارج ، وفى المثال الخاص بالعقارات ظاهر أن عدم تطبيق قانون العقار يضر بالمصلحة العامة ، فهذا القانون اذن عام قبل كل شىء فيحتفظ بصفته الاقليمية .

ويتبين مما تقدم أن تطبيق نظرية Pillet يستدعى قبل كل شىء فهم القوانين فهما تاما للوقوف على أغراضها الاجتماعيـة حتى يمكن فى النهاية تغليب احدى الخصيصتين السالفتين على الأخرى .

٣٣٩ — ونظرية الأستاذ نظرية علمية معقولة ومنطقية ، لذلك صادفت نجاحا كبيرا عند الكتاب وعلى الأخص خارج فرنسا ، أما فى فرنسا فانها لم تسلم من النقد ، فقال عنها Valéry [٢] أنه من الصعب معرفة متى يكون القانون مستمرا ومتى يكون عاما ، فوسائل التفرقة التى اقترحها Pillet لاتكفى لذلك . وضرب الأستاذ مثلا بقوانين الجنسية ، وقوانين النفقة بين الأقارب وقوانين

---

(١) أى تقوى فيه صفة الاستمرار على صفة العمومية .

(٢) قارن مؤلفه نبذة ٣٦٤ وما بعدها .

الافلاس . فانه يصعب هنا القول بصفة قاطعة بتطبيق قانون من القوانين المتنازعة دون الأخرى ، فعند التنازع الايجابى بشأن الجنسيه أى قانون هو المفضل ؟ أيها يعتبر مستمرا دون الآخر ؟ وفى الالتزام بالنفقة بين الأب والابن المختلفى الجنسية ، أى قانون هو الواجب التطبيق (١) ؟ وهل قوانين النفقة موضوعة لمنفعة الأبناء أولمنفعة الآباء ؟ و بالنسبة لقوانين الافلاس ، هل يطبق قانون المفلس أو قانون مركز أعماله ؟ أوقوانين دائنيه ؟ وأيها له صفة الاستمرار أوصفة العمومية (٢) .

وقال الأستاذ Lerebours-Pigeonnière أن فيصل التفرقة المستمد من غرض القانون بعيد عن أن يكون عمليا ، لأن يضع مصالح الأفراد جانبا ويهتم فقط بالفكرة التى رمى المشرع الى تحقيقها (٣) ، وليس أدل على ذلك من صعوبة تقسيم القوانين الى قسمين أحدهما يتعلق بمنفعة الأفراد والآخر يتعلق بمصلحة الجماعة ، اذ أن القوانين فى الحقيقة ترمى فى الغالب الى تحقيق هذه المصالح مجتمعة من طريق ايجاد توازن بينها جميعا . وقد أظهر التطبيق العملى أن هناك قوانين قصد بها مصلحة الجماعة ومع ذلك فان لها أثرا خارج الاقليم كما رأينا بالنسبة لبعض نصوص قوانين العقوبات (٤) ، وكذلك بالنسبة للقانون الذى يحكم الحوادث التى تقع للعمال فى الخارج ، ولو أن التعاقد حاصل فى فرنسا وذلك وفقا لقانون ١٨٩٨ .

---

(١) قارن Pillet-Niboyet . ٤٢١ .

(٢) وقد تردد Pillet نفسه فى تطبيق وسائله السابقة فغير رأيه فى بعض القوانين ، كالقوانين المتعلقة بالمواريث فبدأ القول بأنها مستمرة وأوصى بتطبيق قانون الجنسية ثم عاد فقرر فيما بعد أنها تخضع لقانون الموطن . مؤلف Pillet-Niboyet . ٨٢٧ .

(٣) انظر مؤلفه ٢٠٩ — ٢١٠ حيث يقرر أن الأخذ بنظرية Pillet قد يترتب عليه الاضرار بالعلائق الدولية لأنها تقوم فقط على تحقيق الأغراض الداخلية للقانون .

(٤) قارن Pillet-Niboyet بالنسبة للجرائم والأفعال الضارة التى تقع فى المراكب وهى فى عرض البحر ، وأشار كذلك الى قضية الباخرة « لوتس » الشهيرة المشار اليها فى المجلة . ١٩٢٨ .

٣٤٠ — والواقع أن نظرية Pillet تعود بنا فى الحقيقة الى تقسيم D'Argentré، أى الى أن الأحوال عينية وشخصية (١)، ولكن تحت ستار الاقليمية والخروج عنها . ويظهر أن رغبة الأستاذ فى وضع نظام لحل مسائل تنازع القوانين دفعه فى نهاية الأمر الى وضع تقسيماته العامة السالفة فوقع فى أخطاء سابقيه .

٣٤١ — ويحسن هنا أن نوازن بين نظرية Pillet وبين السابقين له . بنى الأستاذ نظريته على أن قواعد تنازع القوانين يجب أن تكون قواعد دولية ، وأساس ذلك الاشتراك القانونى الموجود بين الدول فأيد بذلك وجهة نظر Savigny ومؤداها أن هناك اشتراكا قانونيا بين الدول المتحدة المدنية ، كما أنه اعتبر تطبيق القانون الأجنبى بعيداً كل البعد عن فكرة المجاملة الدولية بل أساسه الالتزام القانونى بتقرير العدالة ، ولذلك رفض الأخذ بنظرية الأحوال كما فعل Savigny من قبل . على أن الجديد فى نظرية Pillet أنه اعتبر تنازع القوانين متعلقا بالسيادة أى أنه تنازع بين السيادات ، وأن من الواجب أن تتمتع سيادة كل تشريع بأكبر قسط ممكن من الاحترام ، ولو أدى ذلك الى تضحية سيادة التشريعات الأخرى المتنازعة ، مع ملاحظة أن الأستاذ لم ينظر الى فكرة السيادة من وجهة سياسية كما فعل Mancini من قبل وكما تبعه فى ذلك Weiss فى فرنسا ، وانما نظر اليها فقط من وجهة التطبيق القانونى البحت أى من وجهة السيادة التشريعية فحسب . وتقرب نظرية الأستاذ من نظرية D'Argentré فى أنها تقوم على تحليل القانون فى ذاته لا على تحليل العلاقة القانونية عند Savigny ولا على معرفة الأشخاص الذين ينطبق عليهم كما هى الحال عند Bartole .

(١) اذ أن D'Argentré كان يحلل القانون من حيث هو وتعلقه بالأشخاص أو بالأموال وكذلك Pillet يحلل القانون من حيث هو ولكن على أساس غرضه ، لذلك كان الشبه ظاهرا . راجع دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ٢١٦ . ومع ذلك فالظاهر أن Pillet لا يقر تقسيم القوانين بحسب موضوعها الى شخصية وعينية . راجع Pillet-Niboyet . ٤٢٦ ولكن مع ذلك يقر تقسيم القوانين الى مستمرة وعامة وهو ما يمكن أن يعتبر رجوعا الى التقسيم القديم تحت ستار آخر !!

٣٤٢ — وقد ألحق الأستاذ Pillet [١] بنظريته فكرة احترام الحقوق المكتسبة. فنطاق تنازع القوانين محدود فى معرفة القانون الذى يحكم « الحق فى طريق التكوين droit à être » ، أى القانون الذى يحكم اكتساب الحق acquisition de droit من حيث هو [٢] ، ولكن اذا كان الحق قد اكتسب من أول الأمر ، كما اذا تم الزواج بين زوجين بلجيكيين فى بلجيكا وقام نزاع على صحة الزواج في فرنسا فالمسألة بعيدة عن أن تكون متعلقة بتنازع القوانين لأن الحق قد اكتسب من قبل تحت سلطان القانون البلجيكى ، وانما المهم الآن هو ضرورة احترام الحق المكتسب respect du droit acquis فى فرنسا . فمسألة تنازع القوانين وهى اكتساب الحق تأتى أولا ثم تليها مسألة احترام الحقوق المكتسبة أو تحديد آثار هذا الحق فى الخارج ، كما قال بذلك الكتاب الانجليز من قبل [٣] . ولقد ضرب الأستاذ أمثلة عديدة للتفرقة بين اكتساب الحق واحترام الحقوق المكتسبة وقال بأنها لم تكن معروفة من قبل ؛ وزعم أن له الفضل فى اكتشافها .

٣٤٣ — وقد انتقد الكتاب التفرقة السابقة واعتبروها عديمة الفائدة لأنها لا تحل اشكالا ، فهى اذن تفرقة مدرسية يقصد بها الشرح والايضاح ولكنها لاتقدم فى شىء ، ودلل الاستاذ Arminjon على صحة ذلك بالاستناد على مثل ضربه Pillet وهو خاص بالمنقول المملوك لشخص وفقا لقانون بلد معين فاذا انتقل به صاحبه الى بلد اخر ، فهل يعترف له بصفته كمالك وفقا للقانون

---

(١) انظر مؤلفه المطول . ١ . ١١٩ — ١٢٧ وفى تطورات هذه الفكرة Pillet-Niboyet . ٤٣٦ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet . ٤٢٩ — ٤٣١ حيث تجد أمثلة مختلفة .

(٣) راجع Dicey . ٢٣ حيث يجعل محور قواعد تنازع القوانين وجوب احترام الحقوق المكتسبة .

الأجنبي[١] ؟ لا شك أنه اذا كانت شروط اكتساب ملكية المنقول واحدة فى البلدين فلا محل للتنازع ، ولكن اذا كانت الشروط مختلفة فان محاكم البلد الجديد ستتردد فى الاعتراف له بصفة المالك الا اذا أدى تطبيق قواعد الاسناد الى ذلك[٢] . فهناك اذن دائما تنازع بين القانون الذى اكتسب الحق تحت سلطانه و بين قانون الجهة التى يراد فيها استعمال هذا الحق أو الاعتراف له بآثار وأن قواعد الاسناد هى التى تحل هذا التنازع ، وكأن التفرقة لم تجد فتيلا ، فالحق المكتسب لا قيمة له الا اذا اعترف به تشريع الدولة التى عرض على محاكمها النزاع . وكيف يمكن القول بوجود حق مكتسب الا اذا اعترف أولا بالقانون الذى اكتسب تحت سلطانه ، أو ليس تحديد هذا القانون من وظائف قواعد الاسناد[٣] . فالعلاقة اذن متينة بين الحق المكتسب وقواعد التنازع ، ولذا كانت فكرة احترام الحق المكتسب على ما هى عليه مصادرة على المطلوب ، وربما كان من الأوفق الاقتصار على اعتبارها ضمن أسس تطبيق القانون الأجنبى فى غير بلاده[٤] . لا الاعتماد على هذه الفكرة وحدها لاستخلاص الحلول الواجبة الاتباع بصفة عالمية[٥] .

---

(١) ومن الأمثلة التى تساق للدلالة على التفرقة بين الحق فى طريق الاكتساب والحق المكتسب ، حالة الزوج الذى تحصل على حكم بالطلاق من محاكم بلد معين فهل يحق له فى بلد آخر أن يستفيد من صفته كطلق فيتزوج من جديد ، واذا تأملنا فى هذا المثال وما يشابهه وجدنا فى الحقيقة أنه فى كل حالة يوجد ما يسمى بالحق المكتسب يوجد أيضا حق فى طريق الاكتساب وهو هنا هل يحق لهذا الزوج المطلق أن يتزوج من جديد ؟

(٢) قارن مع ذلك Pillet-Niboyet . ٤٣٩ نبذة ٣٦٩ حيث يأخذ بالفكرة بصفة عامة !!

(٣) راجع Arminjon . ١ . ٢٧٨ وبحثه المنشور فى مجموعة اكاديمية لاهاى ١٩٣٣ . ٢ . ٥ — ١٠٥ ومؤلف Poullet البلجيكى . ٢٨٣ — ٢٩٤ .

(٤) وقد رأينا أنها قاصرة حتى عن تأدية هذا الغرض . راجع قبله . ٤٢ ومن أهم ناقدى فكرة الحقوق المكتسبة العلامة Bartin فى مؤلفه . ١ . ١٩٣ وما بعدها حيث يقرر أن مجال الأخذ بها انما يكون بالنسبة لتنازع القوانين المتغير Conflit mobile .

(٥) بحث الأستاذ Arminjon السابق الاشارة اليه ١٠٤ .

المبحث الثانى
فى
نظرية الأستاذ Bartin

٣٤٤ — لم يفكر الأستاذ فى وضع نظرية ذات صبغة دولية كما فعل Pillet بل رأى أن حل مسائل تنازع القوانين لا يتم الا بتحليل النظم القانونية والوقوف على طبيعتها ثم تقسيمها بعد ذلك ، أى أن طريقته وطنية تحليلية . ولذا كان وجه الشبه كبيرا بينه وبين Savigny مع ذلك الفارق ، وهو أن الأخير قد اهتم بتحليل العلاقة القانونية ، أما الأول فيستلزم معرفة الطبيعة القانونية للنظام القانونى الذى تدخل فيه هذه العلاقة . فالمسألة كلها عند الأستاذ Bartin مسألة تكييف qualification لأنه يلزم أولا الوقوف على طبيعة النظم القانونية لمعرفة القانون الذى يحكمها [١] . وقد رأينا عند Savigny أن تحديد

---

(١) وبيان ذلك أنه فى نظر الأستاذ توجد ثلاثة أقسام رئيسية للنظم القانونية . القسم الأول ، خاص بالنظم الموجودة بقصد حماية الأفراد شخصيا بصفتهم تابعين لدولة معينة . والقسم الثانى ، خاص بالنظم التى يقصد بها حماية المصالح الاقتصادية والتجارية . والثالث خاص بالنظم التى يقصد بها حماية ملكية الأموال . فاذا كانت العلاقة محل تنازع القوانين داخلة فى القسم الأول خضعت لقانون الجنسية ، وان كانت داخلة فى القسم الثانى خضعت للقانون المحلى ، وان دخلت القسم الثالث خضعت للقانون الاقليمى وهو قانون موقع المال . كل هذا اذا كانت النصوص التشريعية آمرة ، فان كانت النصوص مخيرة بمعنى أنه يسوغ الاتفاق على الخضوع لحكم تشريع معين عمل بقانون ارادة المتعاقدين انظر مؤلفه ٢٠ . ٩ — ١٩ ويلاحظ الأستاذ Lévy-Ullmann أن هناك شبها كبيرا بين نظرية Bartin على هذا الوجه ونظرية Pillet لأن كلا منهما يجرى وراء تحليل أغراض القانون غير أن Pillet انتهى الى تقسيمين ، قوانين عامة ومستمرة بينما انتهى Bartin الى أربعة أقسام مشتركة فى الواقع مع نظرية الأحوال فى القسمين الرئيسين قوانين شخصية وقوانين عينية (اقليمية) ، ولكن يضاف اليهما القانون المحلى وهو فى الغالب قانون شكل العقد وقانون ارادة المتعاقدين . ويقرر الأستاذ Lévy-Ullmann أن نظرية Bartin تعد من هذه الوجهة مزيجا مما قال به d'Argentré و Dumoulin من قبل . انظر دروسه ١٩٣٥ . ٢٢٣ — ٢٢٥ والدكتوراه ١٩٣٥ . ٢٩ .

القانون يتوقف على طبيعة العلاقة ، ولما كان التكييف عند Bartin يتم وفقا لقانون القاضى كما هو مقرر فى نظريته انتهى الى القول بأن قواعد الاسناد هى قواعد وطنية بحتة[١] ومتعلقة بالسيادة ، وهنا يتفق مع Pillet فى هذه النقطة القانونية .

فالثابت فى نظرية Bartin [٢] أن عماد تنازع القوانين هو التنازع بين سيادات الدول المختلفة من وجهة التشريع أو من جهة الاختصاص على حسب الأحوال .

ويذهب الأستاذ Bartin الى القول بأن روح النظم القانونية فى الدول المتمدينة واحدة ، وان اختلفت بعض القواعد القانونية الداخلة فى هذه النظم ، وعلى هذا اذا ثبت أن هناك تعارضا كبيرا بين النظم القانونية ، كان ذلك دليلا على اختلاف المدنية وضرورة استبعاد تطبيق القانون الأجنبى بناء على فكرة النظام العام . ولقد بينا ضعف هذا الرأى فيما مضى .

وعلى العموم فان نظرية الأستاذ Bartin تدع مجالا كبيرا لفكرة السيادة . وهذه الفكرة فى ذاتها صعبة التحديد ، لذلك كان لا مناص من الاعتماد على القاضى وعلى تقديره [٣] ، وفى هذا ما يؤدى الى التحكم الذى حاول الكتاب تقييده بابتداع نظرياتهم المختلفة وقال الأستاذ Lévy-Ullmann اننا ننتهى فى القرن العشرين الى اعطاء القاضى سلطة فى مسائل تنازع القوانين ، ربما كانت أوسع من التى كانت مقررة له فى القرن الثالث عشر ، كما أننا نعمل على الابتعاد عن التوحيد القانونى الذى يسعى لتحقيقه علم القانون المقارن [٤] .

---

(١) وعلى هذا لا يمكن تكملة النقص فيها بالرجوع الى أقوال الفقهاء الأجانب .

(٢) أنظر مؤلفه . ١ . ١٤ ، ٢٤ .

(٣) ولا ينفى ذلك أن يقرر الأستاذ أن الدولة ملتزمة بتطبيق قواعد تنازع القوانين . Bartin . ١ . ١١٠ — ١١٥ .

(٤) راجع دروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه ١٩٣٥ . ٣٥ . هذا ونوجه النظر الى أن بعض الكتاب الحديثين وعلى الأخص الايطاليين لا يعترفون بوجود علم القانون المقارن بل فقط بوجود طريقة مقارنة .

المبحث الثالث

فى

نظرية الأستاذ Frankenstein [1]

٣٤٥ — ولقد قال الأستاذ بنظريته فى مؤلفه فى القانون الدولى الخاص الذى صدر الجزء الأول منه فى سنة ١٩٢٦ ، وعاد اليها من جديد فى دروسه فى أكاديمية لاهاى سنة ١٩٣١ . وهـذه النظرية ذات صبغة عالمية لأن صاحبها قصد بها وضع نظام جديد يصلح لأن يطبق فى كل أنحاء العالم المتمدين لا فى ألمانيا وحدها . فالمبادىء التى قال بها موضوعة مقدما كى تطبق فى مختلف الأحوال متى عرضت .

وتقوم هـذه النظرية على مبدأين رئيسين ، الأول أن الأفراد يخضعون لقانون جنسيتهم ، والثانى أن الأموال تخضع لقانون موقعها ، و يعتبر الاسناد فى الحالتين طبيعيا . فاذا كان حكم التشريع الوطنى فى أية دولة يقرر خلاف ذلك ، بأن يخضع الأشخاص مثلا لقانون موطنهم ، أو الأموال لقانون مالكها فان الاسناد يكون حكميا pseudo أى اسناد غير متفق مع طبيعة الأمور ولا مقتضياتها . ومثل هـذا الاسناد الحكمى لا يتعدى حدود الدولة بخلاف الاسناد الطبيعى .

على أن الأستاذ Frankenstein يبيح اتباع قانون آخر خلاف قانون الجنسية فيما يتعلق بالأشخاص ، أو قانون محل العقد خلاف قانون موقع المال فيما يتعلق بالأشياء اذا كان القانون المختص بحسب الأصل قد أجاز ذلك . أى

(١) انظر دروس الأستاذ فى أكاديمية لاهاى . ١٩٣١ وكذلك Makarov . ٨٦ . والمجلة ١٩٣٢ . ٤٧ — ٧٣ .

أن الأستاذ يقرر الاحالة فى النطاق السالف [١] .

ويتبين لنا من مراجعة النظريات الحديثة أنها فى أغلبها تميل نحو تعميم نظم تنازع القوانين وتوحيدها تحقيقا للعدالة واحتراما للحقوق المكتسبة ، وحتى نظرية Bartin فان طريقتها دولية على الرغم من أن ظاهرها وطنى ، اذ انتهى الأستاذ الى وضع تقسيم للنظم القانونية ارتآه صالحا لكل الدول المتشابهة فى المدنية [٢] .

(١) انظر قبله ٢١٧ .

(٢) قارن دروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه . ١٩٣٥ . ٣٠ — ٣٥ وفيها يقول الأستاذ بضرورة توحيد النظم التشريعية مقررا أن العالم يسير فى هذا الطريق بخطوات بطيئة فلا معنى مطلقا لوضع العقبات فى سبيل سيره .

الكتاب الثاني

في

تنازع الاختصاص

تمهيد

٣٤٦ — تبين قواعد تنازع القوانين مدى سلطان القانون الوطنى وأحوال تطبيق القانون الأجنبى . ولكن قواعد تنازع الاختصاص تكتفى ببيان مدى سلطان المحاكم الوطنية بالنسبة للعلائق القانونية ذات العنصر الأجنبى دون التعرض لاختصاص المحاكم الأجنبية ، وازاء ماتقدم يمكن القول بأن قواعد تنازع الاختصاص بدورها وطنية بحتة ، بل أكثر وطنية من قواعد تنازع القوانين ، اذ تعترف الأخيرة بالاختصاص التشريعى فى بعض الأحيان للقوانين الأجنبية ، أما الأولى فتقتصر على تحديد اختصاص المحاكم الوطنية فى العلائق القانونية الأجنبية [١] .

ويطلق على هذا النوع من الاختصاص المقرر للمحاكم الوطنية «الاختصاص العام» . ويسميه المرحوم أبو هيف بك «الاختصاص الدولى» وهذه هى التسمية التقليدية . ويقابل الاختصاص العام la compétence générale الاختصاص الخاص la compétence spéciale ، ويسميه المرحوم أبو هيف بك «الاختصاص الداخلى» ، والمراد به القواعد التى تحدد اختصاص المحاكم الوطنية بعضها بالنسبة لبعض ، لا بالنسبة لمحاكم الدول الأخرى .

ولا يهمنا هنا سوى الاختصاص العام للمحاكم المصرية ، ويتحدد بالقوانين المصرية ، ولا مناص من اتباع حكمها دون الرجوع الى مايمكن أن تقول به التشريعات الأجنبية مخالفا لها ، اذ من المعلوم أن قواعد تنازع الاختصاص ، على

---

(١) وهذا الوضع مخالف لما هو متبع فى انجلترا ، اذ تجرى كتب الفقه هنالك ، متبعة فى ذلك قضاء المحاكم ، على بيان الأحوال التى تختص فيها المحاكم الانجليزية بنظر القضايا ذات العنصر الأجنبى ، ومن الجهة الأخرى الأحوال التى يعترف فيها باختصاص المحاكم الأجنبية . أى أن القانون الانجليزى يحدد الاختصاص من وجهتيه الايجابية والسلبية بخلاف الحال فى البلاد اللاتينية وكذلك فى مصر فان المشرع يعنى فقط ببيان الأحوال التى تختص فيها محاكمه تاركا الأحوال الأخرى للقضاء يفصل فيها اذا ما دعى للاعتراف بقيمة الحكم الأجنبى عندما يراد الاحتجاج به أو تنفيذه . انظر Dicey . ٢١٢ وما بعدها .

نمط قواعد تنازع القوانين ، قواعد وطنية بحتة [١] . على انه لا مانع من التغيير في هذه القواعد بموجب الاتفاقات الدولية . فالأصل هو وجوب اتباع الأحكام التشريعية الوطنية بشأن الاختصاص العام الا اذا وجدت معاهدة معدلة لها ومقررة وجوب اتباع أحكام أخرى .

٣٤٧ — فاذا طبقنا [٢] قواعد تنازع الاختصاص المصرية ، وقضت باختصاص المحاكم المصرية من الوجهة العامة ، فاننا ننتقل بعد ذلك الى قواعد الاختصاص الخاص لكى نعرف أمام أية محكمة ، مدنية كانت أو تجارية ، جزئية كانت أو كلية يجب أن يعرض النزاع .

وعلى ذلك اذا ثبت أن الاختصاص لمحكمة مصرية معينة وجب علينا أن نتساءل عن الاجراءات ، أى قواعد المرافعات التى يلزمنا اتباعها ، وهل هى نفس القواعد المتبعة فى المنازعات الوطنية الخالية عن العنصر الأجنبى ، أو يدخل عليها بعض التحوير والتعديل ؟ فلو كانت الاجراءات المتبعة صحيحة كان على المحكمة أن تصدر حكما فى هذا النزاع ، وهذا الحكم ينفذ على الأقل داخل الحدود

---

(١) والأصل فى تنظيم اختصاص المحاكم أن يتم على الوجه الآتى : أولا . بيان الاختصاص النوعى la compétence ratione materiæ أى بيان المواد التى تدخل فى اختصاص محكمة معينة . ثانيا . بيان الاختصاص المحلى rationе loci ، أى تحديد المكان الذى تختص فى نطاقه المحاكم . ثالثا . بيان الاختصاص الشخصى ratione personae أى بيان الأشخاص الذين تختص المحاكم بشأنهم . وهذا النوع الأخير هو الهام بالنسبة للاختصاص العام . قارن Valéry ٦٧٠ — ٦٧١ .

(٢) ونوجه الأنظار الى الأهمية العملية لقواعد تنازع الاختصاص اذ تسبق قواعد تنازع القوانين فى التطبيق . وثبوت الاختصاص لمحاكم دولة معينة يجعل الحكم لقواعد الاسناد الخاصة بها ، كما يجعل تكييف العلاقة المتنازع فيها من اختصاص تشريعها ، كما يحتم مراعاة أحكام النظام العام فيها . وظاهر أهمية ذلك من حيث الفصل موضوعيا فى النزاع . فمسألة تنازع الاختصاص من الأهمية بمكان . وقد كان من المتبع فى قديم الزمان (عند اليونان والرومان) تقرير محاكم خاصة للفصل فى القضايا ذات العنصر الأجنبى ، ولكن زال هذا الوضع الآن فى الدول المتمدينة ، ولم يبق من آثاره التى عفت سوى نظام الامتيازات فى مصر حيث توجد المحاكم المختلطة للفصل فى هذا النوع من العلائق بالقيود المعروفة . قارن Weiss ، ٥ ، ٣ وما بعدها .

المصرية . وليس من شأن التشريع المصرى أن يضمن له التنفيذ فى الخارج [١] .

ولكن يحصل أحيانا أن يرفع النزاع ذو العنصر الأجنبى أمام محكمة أجنبية مختصة وفقا لقانونها وينتهى بأن تصدر فيه حكما ، فان هذا الحكم يمكن تنفيذه عادة فى مصر عن طريق أخذ الأمر بالتنفيذ exequatur اذا استوفيت الشروط التى يستلزمها المشرع المصرى ، ويتحقق القضاء من وجودها قبل اعطاء هذا الأمر .

فاذا رفع النزاع من أول الأمر الى محكمة مصرية وكانت مختصة فان الاختصاص هنا عام ومباشر directe . أما فى حالة سبق رفعها أمام محكمة أجنبية وطلب التنفيذ فى مصر فان اختصاص المحاكم عام ولكنه غير مباشر indirecte .

ويرجع الفضل فى ابتكار التسميات السابقة — الاختصاص العام ، والاختصاص الخاص ، الاختصاص المباشر ، وغير المباشر — الى الأستاذ Bartin وقد نقلها عنه أغلب الكتاب [٢] .

٣٤٨ — وظاهر من البيانات السابقة أن دراسة تنازع الاختصاص تشمل دراسة الاختصاص العام وقواعد المرافعات ثم تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية وسنفرد لكل منها فصلا على حدة .

---

(١) قارن Bartin . ١ . ٣٠٦ — ٣٠٧ . هذا ويلاحظ أن ثبوت الاختصاص العام للمحاكم المصرية ليس معناه وجوب تطبيق القانون المصرى ، والعكس صحيح . قارن Pillet-Niboyet . ٨٦٥ .

(٢) انظر Pillet-Niboyet . ٦٨٤ وكذلك ٨٧٢ حيث يقرر عدم وجود نظرية عامة فى تنازع الاختصاص كما هى الحال فى تنازع القوانين . ويدل على ذلك قلة الاهتمام بدراسة هذا النوع من التنازع رغم أهميته العملية . وانظر أيضا دروس Gutteridge فى مجلة أكاديمية لاهاى ١٩٣٣ . ١٢١ . حيث أخذ بالتسميات السابقة مع مراعاة التفرقة بين اصطلاحى Juridiction بالفرنسية و Jurisdiction بالانجليزية نفس المرجع . ١٢٣ .

الفصل الأول

فى

الاختصاص العام [1]

٣٤٩ — تحدد النصوص الآتية [2] الاختصاص العام المباشر للمحاكم المصرية :

أولا : المادة ١٣ م . م . وتنص على أنه تجوز اقامة الدعوى على من كان من رعايا الحكومة المحلية أمام محاكم البلد ، ولو كان ذلك بسبب التزامات عقدها فى الخارج [3] .

ثانيا : المادة ١٤ م . م . وتنص على أن المحاكم المذكورة تكون مختصة أيضا بالنظر والحكم فى القضايا المقامة على الأجانب الموجودين فى مصر [4] . أما الأجانب الذين خرجوا منها فلا تقام الدعاوى عليهم أمام المحاكم الجديدة الا فى الأحوال الآتية (١) اذا كان موضوع النزاع التزامات متعلقة بأموال منقولة أو عقارية موجودة فى مصر (٢) اذا كانت المنازعات متعلقة بالتزامات ناشئة عن عقود حاصلة بالأقطار المذكورة أو واجبة التنفيذ فيها أو عن أعمال وقعت فى تلك الأقطار . وكل ذلك بغير مساس باختصاص المحاكم التجارية فى الأحوال المبينة فى القانون و بغض النظر عن اقامة المدعى عليه .

و يراد بهذه الفقرة الأخيرة الاشارة الى نص المادة ٣٥ مرافعات مختلط فى

---

(١) ورغم عدم وجود نظرية عامة فى تنازع الاختصاص على العموم فانه توجد بعض مبادىء مشتركة بالنسبة للاختصاص العام . راجع بحث Gutteridge السابق الاشارة اليه ١٥٨ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ أن هذه المواد قد ورد أغلبها فى المجموعة المدنية وهذا الوضع غريب اذ الأصل أن توضع مواد الاختصاص فى مجموعة المرافعات كما فعل ذلك المشرع الألمانى .

(٣) وفى النص الفرنسى à raison des obligations par lui contractées même à l'étranger .

(٤) وفى النص الفرنسى qui se trouvent en Egypte .

فقرتيها السابعة والتاسعة حيث تنص الفقرة السابعة على أنه فى المواد التجارية يكلف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة التابع لدائرتها موطنه (محله) أو المحكمة التابعة لها المحل الذى حصل الاتفاق وتسليم البضاعة فيه أو المحكمة التى بدائرتها المحل المقتضى دفع القيمة فيه .

أما الفقرة التاسعة فتنص على ما يأتى « اذا كان محل المدعى عليه بالبلاد الأجنبية ولم يوجد من الأوجه المبينة فى الأحوال السابق ذكرها [1] ما يستدعى اختصاص احدى المحاكم المصرية بنظر الدعوى يكلف المدعى عليه المذكور بالحضور أمام المحكمة التابع لها محل اقامة المدعى والا أمام محكمة الاسكندرية واذا أقيمت الدعوى فى هذه الحالة أمام المحكمة التابع لدائرتها محل اقامة المدعى جاز لرئيسها أن يأذن بناء على طلب المدعى المذكور بتكليف المدعى عليه بالحضور فى المواعيد المقررة فى المواد ٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ بدون مراعاة لمواعيد المسافات » .

ثالثا : وتنص المادة التاسعة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على أنه « تختص هذه المحاكم بنظر المنازعات فى المسائل المدنية والتجارية بين الوطنيين والأجانب و بين الأجانب ذوى الجنسيات المختلفة فيما عدا الأحوال الشخصية ، وتختص بنظر الدعاوى العينية العقارية بين الوطنيين والأجانب أو بين الأجانب الذين من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة » .

ولا تعتبر بلدية الاسكندرية فى علاقاتها مع الوطنيين خاضعة لاختصاص المحاكم المختلطة . وهذه المادة متفقة فى أحكامها مع المادة ٥ م . م .

٣٥٠ — والنصوص السابقة [2] هى التى اعتاد الشراح المصريون ايرادها

---

(١) أى فى المادة ٣٥ مرافعات .

(٢) والواقع أننا اذا وازنا بين أحكام التشريعات المختلفة فيما يتعلق بالاختصاص العام أمكننا ردها الى المبادىء الآتية : المبدأ الأول . أن يتبع المدعى المدعى عليه وهذه هى القاعدة الشهيرة فى الاختصاص الخاص فتنطبق أيضا من حيث الاختصاص العام . ومع ذلك فالخلاف قائم حول تحديد محكمة المدعى عليه ، هل هى محكمة جنسيته أو محكمة موطنه أو محل اقامته وأغلب =

بشأن الاختصاص العام للمحاكم المختلطة ولـكن هناك نصا آخر لا يخلو من الأهمية فى هذا الصدد ، وهو نص المادة ٨ م . م . ويقرر أن دعاوى الاستحقاق المرفوعة من أجنبي بشأن أموال الوقف الثابتة تخرج عن اختصاص المحاكم المختلطة التى تختص فقط بدعوى اليد . وظاهر أن جهة الاختصاص هى المحاكم الشرعية .

والمادتان ١٣ ، ١٤ هما أهم المواد السابقة ، وقد أخذتا عن المـادتين ١٤ و ١٥ [١] فرنساوى مع بعض تحوير أدخل على المـادة ١٤ م . م . اذ استفاد المشرع المصرى من الانتقادات التى وجهت الى المشرع الفرنسى ، كما أنه راعى حالة مصر الخاصة ، اذ مجموعته مختلطة وليست مجموعة مصرية بالمعنى الدقيق . على أن المشرع المصرى من جهة أخرى قد أساء التعبير فى بعض الأحيان ، وقد دعا ذلك الى وقوع خلافات طويلة .

= التشريعات يعتبر محكمة الجنسية . المبدأ الثانى . ان محاكم الدولة تختص فى حالة الخضوع ، أى أنه فى الأحوال التى تكون فيها محاكم الدولة غير مختصة بالنسبة للأشخاص فانهم اذا خضعوا أو قبلوا اختصاصها صراحة أو ضمنا ثبت لها الاختصاص . المبدأ الثالث . أن محكمة العقار تختص فى كل المنازعات العينية المتعلقة بهذا العقار ، لأن العقار كما هو معلوم جزء من أراضى الدولة فمن الاخلال بالسـيادة أن يخضع للمحاكم الأجنبية . المبدأ الرابع . ان محكمة الالتزام تختص بنظره وهذه المحـكمة اما أن تكون محكمة الجهة التى تم فيها العقد locus contractus أو الفعل الضار loci actus أو التى سيحصل فيها التنفيذ loci solutionis .

هذه هى المبادىء الأساسية ، ولـكن توجد بجانبها بعض مبادىء أخرى قانونية منهـا ضرورة الفصل فى القضايا الخاصة بالأجانب دون غيرهم وعدم التخلى عنهم ، وكذلك ضرورة تطبيق مبدأ الاحالة لسبق رفع النزاع أمام محكمة أخرى la litispendance .

ومعظم المبادىء السابقة مقرر بمقتضى المعاهدات الثنائية . قارن Pillet-Niboyet . وما بعدها وكذلك بحث Gutteridge السابق الاشارة اليه ١٧٩ وما بعدها .

(١) وبجانب هاتين المـادتين توجد المـادة ١٦ م . ف . التى تستلزم من الأجنبى رافع الدعوى ايداع كفالة Cautio judicatum Solvi كافية لايفاء المصاريف والتعويضات اذا أخفق فى دعواه . على أن المـادة تعفى من الـكفالة الأجنبى الذى يملك فى فرنسا عقـارا كافيا من حيث القيمة .

وتنص المـادة ١٥ فرنسى على أنه تصح اقامة الدعوى على الفرنسى أمام المحاكم الفرنسية بسبب الالتزامات التى عقدها [١] فى الخارج ولو مع أجانب وهذه المادة كما هو ظاهر مقابلة للمادة ١٣ م . م .

وتنص المادة ١٤ فرنسى على أن للفرنسى الحق فى مقاضاة الأجنبى ولو كان غير مقيم فى فرنسا أمام المحاكم الفرنسية لتنفيذ الالتزامات التى عقدها فى فرنسا أو فى الخارج مع فرنسيين . وهذه المادة تقابل المادة ١٤ م . م مع ملاحظة أنها أوسع منها نطاقا بكثير اذ أتت خالية من القيود التى وردت فى المادة ١٤م. م .

ويهمنا لفهم النصوص المصرية أن نعرف المبادىء العامة التى اهتدى بها المشرع الفرنسى عند وضعه للنصوص السابقة ، وهاك بيانها [٢] : عند ما يضع المشرع قواعد الاختصاص الداخلية يتأثر بأمرين : الأول — طبيعة المواد ratione materiæ فيجعل أحيانا المواد المدنية من اختصاص محكمة ، والمواد التجارية من اختصاص أخرى ، وكذلك قد يفرق بين المواد المنقولة والعقارية . ومن المعلوم أن القواعد الخاصة بطبيعة المواد قواعد مطلقة بمعنى أنه لا يباح للأشخاص الاتفاق على عكسها . الثانى — محل الأشخاص، فيجعل الاختصاص متغيرا باختلاف محل أعمالهم أو سكنهم أو محل التنفيذ . . الخ والقواعد الخاصة بهذا النوع من الاختصاص قواعد شخصية ratione personae ولذلك فهى نسبية بمعنى أنه يمكن للأفراد التنازل عنها صراحة أو ضمنا .

فهل راعى المشرع الفرنسى هذين الأمرين عند وضعه للمادتين السالفتين ؟

---

(١) قارن Valéry . ٦٧٥ حيث يقرر أن ظاهر المـادة يفيد أنها قاصرة على الالتزامات العقارية والحاصل أن نطاقها شامل لكل الدعاوى الشخصية . أما الدعاوى العقارية فانها ترفع دائمـا أمام محكمة موقع العقار بغض النظر عن جنسية طرفيها وهذا الحكم مفهوم ضمنا من المـادة ٣/٢ م . ف . وهو شامل للحقوق الشخصية العقارية كحق الايجار مثـلا فان حكم المحكمة الفرنسية الصادر بهذا المعنى وكان متعلقا بعقار أجنبي فانه لا يمكن أن يرى التنفيذ فى الخارج . وقارن أيضا Bartin . ١ . ٣٢٢ وما بعدها .

(٢) قارن Bartin . ١ . ٣٠٨ — ٣٠٩ .

الظاهر من أحكامهما أنهما تقرران قواعد شخصية ، لأن الكلام هنا يدور على الأشخاص دون المواد ، فهذه القواعد اذن نسبية بعيدة عن الاطلاق ، ولذلك كان من الممكن الاتفاق على عكسها [١] .

والقاعدة الواردة فى المادة ١٥ م . ف . تتفق مع المبدأ المعروف بأن المدعى يسعى وراء المدعى عليه ، ولا شك فى أن المحاكم الفرنسية أولى من غيرها بنظر الدعاوى التى ترفع على الفرنسيين ، ويقول بعض الشراح ان وضع المادة على هذا الشكل فيه اضرار بمصالح الفرنسيين المتوطنين فى الخارج اذ يجب عليهم أن يعودوا الى فرنسا أو على الأقل أن يوكلوا فيها من ينوب عنهم فى القضايا المرفوعة عليهم أمام محكمة فرنسية ، ومع ذلك يظهر أن النص قد جاء على هذا الشكل اتباعا لما كان سائدا من اساءة الظن بالمحاكم والقوانين الأجنبية ، فكما أنه بالنسبة لتنازع القوانين ، كان من المفضل تطبيق القانون الاقليمى ، فكذلك بالنسبة لتنازع الاختصاص فانه من المفضل أن تختص المحاكم الوطنية دون غيرها [٢] .

والمادة ١٤ فرنسى تتفق أيضا مع قاعدة أن المدعى يسعى وراء المدعى عليه، اذا كان الأجنبى مقيما فى فرنسا . أما فى الأحوال التى يكون فيها الأجنبى مقيما فى الخارج فهى بلا شك مخالفة لها ، وقد أدى ذلك الى انتقادها من جانب الشراح فاتهموا المشرع الفرنسى بالاسراف فى حماية الفرنسيين والتعنت مع

---

(١) قارن Bartin . ١ . ٣١٠ وعلى الأخص ٣١٢ حيث عرض لحالة المحاكم المختلطة التى أنشئت بمقتضى صلح فرساى ١٩١٩ .

(٢) قارن Valéry . ٦٧٢ حيث يشير الى أن وضع المادة ١٥ على هذا الشكل يبيح لكل فرنسى الاحتجاج ضد الأحكام التى تصدر من محكمة أجنبية ولو كانت محكمة موطنه ، اذ يفهم من المادة السالفة أن كل المحاكم الأجنبية غير مختصة بالحكم على الفرنسيين ، على أنه مما لا جدال فيه أن المحاكم الأجنبية تكون مختصة بالحكم على الفرنسيين اذا ما قبل هؤلاء اختصاصها صراحة أو ضمنا . نفس المرجع ٦٧٦ .

الأجانب وقضائهم [1] . وقد استفاد المشرع المصرى من هذه الانتقادات فقيد الاختصاص هنا بأحوال معينة . على أن بعض الشراح الفرنسيين رأى أن يبرر مسلك المشرع الفرنسى عن طريق القول بأن المادة ١٤ قررت حكما تبادليا مع حكم المادة ١٥ م . ف ، أى كما أن المادة ١٥ تبيح للأجانب رفع الدعاوى على الفرنسيين أمام المحاكم الفرنسية ولو كان هؤلاء الفرنسيون متوطنين فى الخارج فاتباعا لحكم التبادل تبيح المادة ١٤ م . ف . رفع الدعوى على الأجانب حتى لو لم يكونوا متوطنين فى فرنسا . وواضح أن التعمل ظاهر فى هذا التعليل [2] . وعلى أية حال فمن المقرر أن المشرع الفرنسى عند وضعه للنصين السالفين لم ينظر الى طبيعة المنازعات وانما نظر فقط الى الأشخاص ذاتيين كانوا أو معنويين [3] فقرر ميزات وحقوق لمصلحة رعاياه بغض النظر عما تقضى به التشريعات الأخرى . فاذا كان الفرنسى مدعيا عليه فان المحاكم الفرنسية أولى من غيرها بالحكم فى الدعوى المرفوعة عليه ضمانا لمصلحته ، أما اذا كان الفرنسى مدعيا فان المشرع قد سهل عليه الأمر وأجاز له عدم تتبع المدعى عليه فى بلده أو فى موطنه بل أباح له رفع الدعوى مباشرة أمام المحاكم الفرنسية . والحكم الذى يصدر فى هذه الحالة الأخيرة سينفذ فى فرنسا ، ولكن يندر أن يرى التنفيذ فى الخارج ، لأن تشريعات الدول الأخرى لاتقر عادة القاعدة المذكورة فى المادة ١٤ م . ف .

هذه هى النصوص والاعتبارات التى كانت موجودة أمام المشرع المصرى عند ما وضع نصوص المادتين ١٣ و ١٤ م . م . فقرر فى المادة ١٣ أن محاكم

---

(١) والواقع أن النص الفرنسى نادر التطبيق فى العمل وأدى الى أن بعض المشرعين عمد الى معاملة الفرنسيين بالمثل بالنسبة لرعاياه . ومما لا شك فيه أن هذا النص لا علاقة له بالنظام العام ومن ثم يصبح للفرنسى أن يتنازل عن الحق المقرر له ويقاضى الأجنبى أمام محكمته الأصلية . وعلى أية حال فان نطاق المادة ١٤ غير مقيد فيشمل كل الدعاوى بغض النظر عن سببها ما عدا الدعاوى العقارية اذا كان العقار موجودا فى الخارج .

(٢) وقد قال به Bartin فى مؤلفه . ١ . ٣٢٦ .

(٣) راجع ما سنذكره بعد بشأن الدول الأجنبية ومقدار خضوعها للمحاكم الوطنية .

البلاد مختصة بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى [١] . ومبنى الاختصاص هنا الجنسية المصرية بغض النظر عن جنسية رافع الدعوى . ومن الطبيعى أن يقصد بنص المادة ١٣ م . م حماية مصالح المصرى بنظر دعواه أمام محاكم بلاده ، وان كانت الأغلبية فى المحاكم المختلطة المختصة للأجانب . ومما هو جدير بالملاحظة أن لفظ الالتزامات التعاقدية الوارد فى النص انما يقصد به المعنى الواسع أى الالتزام سواء كان مصدره العقد أو شبه العقد أو الفعل الضار أو القانون [٢] . ولا يشترط لتطبيق هذه المادة أن يكون المصرى مقيما فى مصر وقت رفع الدعوى بل يصح أن يكون قد غادرها وتوطن فى الخارج لأن النص اكتفى فقط بالجنسية المصرية بغض النظر عن التوطن و بغير مراعاة لأى شرط آخر .

وتقرر المادة ١٤ م . م فى فقرتها الأولى اختصاص المحاكم المختلطة بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجانب الذين يوجدون فى البلاد . وظاهر من النص أن هذه المحاكم تكون مختصة فى هذه الحالة بغض النظر عن جنسية رافع الدعوى أى سواء كان رافعها مصريا أو أجنبيا .

والنص السابق ليس له مقابل فى التشريع الفرنسى ولكن مع ذلك مفهوم من المادة ١٤ م . ف . أنه يصح للفرنسى من باب أولى à priori أن يرفع دعواه على الأجنبى الموجود فى فرنسا ، اذ له أن يرفعها عليه ولو لم يكن موجودا أصلا فى فرنسا .

على أن النص الفرنسى قد سكت عن حالة ما اذا كان المدعى أجنبيا وكذلك المدعى عليه . وازاء هذا السكوت رأى البعض [٣] أن المحاكم الفرنسية غير مختصة بنظر هذه الدعاوى ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قررت اختصاص

---

(١) ونلفت الأنظار الى أن المشرع قد استعمل عبارة « رعايا الحكومة المحلية » اذ لم تكن الجنسية المصرية معروفة فى ذلك الوقت .

(٢) وظاهر هنا مقدار تأثر المشرع المصرى بالنص الفرنسى للمادة ١٥ م . ف .

(٣) كما رأى البعض الآخر اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذه الدعاوى باعتبار أن التقاضى حق طبيعى لكل انسان سواء كان مواطنا أو لا . راجع Weiss . ٦٤١ — ٦٤٤ .

المحاكم الفرنسية بنظر هذه الدعاوى اذا كان المدعى عليه الأجنبى متوطنا فعلا فى فرنسا ، ومن باب أولى اذا كان له موطن قانونى فيها ، فأجازت له رفع الدعاوى وتحملها . ولكن مع ذلك استثنت فى بعض الأحوال الدعاوى المتعلقة بالحالة فلا تختص المحاكم الفرنسية بنظرها بصفة أصلية ، وانما يحق لهـا أن تفصل فيها بصفة تبعية ، واعتبرت أن عدم اختصاصها بنظر دعاوى الحالة عـدم اختصاص موضوعى ، أى لها أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها ، بخلاف أحوال عدم الاختصاص العام [(١)] ، اذ من المعلوم أن عدم الاختصاص هنا شخصى بمعنى أنه اذا سكت المدعى عليه ولم يدفع به فى أول الدعوى فان المحكمة تعتبر مختصة وتكون ملزمة باصدار حكم فى الموضوع . وعلى العموم ، فمن المشاهد فى الأحكام الحديثة أنها تتلمس الأسباب [(٢)] لكى تفصل حتى فى دعاوى الحالة بين الأجانب رغبة فى التيسير عليهم [(٣)] .

والواقع أن المادة ١٤ م . م . أغنتنا عن كل هذه الخلافات والتفصيلات ، ولا غرابة فى ذلك لأن المحكمة التى تنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبى من الشخص الآخر الذى يخالفه فى الجنسية محكمة مختلطة أقرب الى أن تكون أجنبية ، كما أنها أنشئت خصيصا لنظر هذه المنازعات متى كان الأجنبى متوطنا فى مصر أو على

---

(١) راجع Pillet-Niboyet . ٨٩٧ . نبذة ٧٨٧ حيث أشار الى أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى .

(٢) ورجعت المحاكم الفرنسية الى فكرة النظام العام لكى تعطى نفسها الاختصاص القضائى بجانب الاختصاص التشريعى اذ لا توجد محكمة أخرى تأخذ بالنظام العام الفرنسى سوى المحاكم الفرنسية Pillet-Niboyet انظر ٨٩٧ .

(٣) والواقع أن المحاكم الفرنسية تبدأ بالقول بعدم اختصاصها بنظر دعاوى الأجانب لاعتبارات كثيرة أهمها أن المحاكم الوطنية وجدت حماية لصالح الوطنيين قبل كل شىء لا حماية لمصالح الأجانب فى منازعاتهم بعضهم مع بعض ، وعلاوة على ذلك فان هذا النوع من المنازعات يترتب عليه فى الكثير من الأحيان تطبيق التشريعات الأجنبية ، وهـذه العملية شاقة كما هو معلوم . على أن مبدأ عدم الاختصاص هـذا مقرر من الوجهة النظرية دون العملية . قارن مختصر دالوز . ٣١٧ وكذلك Pillet-Niboyet ٨٩٥ و Valéry . ٦٩٨ وما بعدها .

الأقل موجودا فيها . و بناء على ما تقدم أجازت المحاكم المختلطة رفع الدعوى على الأجنبي الذى يمر بالبلاد لأن العبرة بالوجود المادى فيها . ولم تستلزم المادة ١٤م.م توافر شرط الاقامة فيكفى تسليم اعلان الدعوى للأجنبي وهو فيها ، اذ بهـذا الاعلان تبدأ الاجراءات القضائية [١] .

٣٥١ — وقد أثار نص المـادة ١٤ فى فقرته الأولى ، الخلافات عند تطبيقه فى العمـل بالنسبة للأشخاص المعنوية وعلى الأخص الشركات . و بيان ذلك أن بعض الشركات الأجنبية قد يكون لها فرع فى مصر، فلا تسوغ مقاضاة هذه الشركة أمام المحاكم المختلطة الا فيما يتعلق بأعمال هذا الفرع [٢] ، دون أعمال الفروع الأخرى ، كما أن دعوى الشركة Actio pro socio ترفع أمام محـكمة مركز الشركة الرئيسى siège social [٣] ، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم شهير صادر فى سنة ١٩٢٨ فى قضية رفعها أحد حملة السندات التى أصدرتها الشركة فى باريس . فقضت المحـكمة بعدم اختصاصها لأن اصدار السندات ليس داخلا ضمن أعمال فرعها فى مصر ولا علاقة له بمركزها الادارى الموجود فيها .

هـذا وتجب التفرقة بين الفرع succursale والتوكيل agence لأن

---

(١) انظر ٢ مارس ١٨٩٩ . م . ت . م . ١١ . ١٢٨ وكانت القضية بمناسبة فعل وقع من الأجنبي فى مصر .

(٢) ١٨ ديسمبر ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٧ . ٨٥ وكذلك ١٦ ديسـمبر ١٩٢٥ جازيت . ١٨ . ٤٠ وفى قضية شركة الـكهرباء «Lebon» قضت المحـكمة المختلطة بأن الدعاوى المتعلقة بسنداتها من اختصاص المحاكم الفرنسية التى توجد بدائرتها مركزها الرئيسى ، أما المحاكم المختلطة فتختص فقط بمعاملات وعلائق الشركة التى فى مصر ١٦ فبراير ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ١٩٨ .

(٣) راجع ١٠ فبراير ١٩١٦ . م . ت . م . ٢٨ . ١٤٣ وكانت الدعوى مرفوعـة من عضو مجلس الادارة المنتدب بمنـاسبة فصله من الشركة الانجليزية التى لها فرعا فى مصر . فقضت المحـكمة أن هذه الدعاوى من اختصاص المحـاكم الانجليزية التى توجد بدائرتها المركز الرئيسى للشركة .

الفرع يقوم مقام الشركة ، ولذا يفترض وجودها فى مصر بالنسبة لما يقوم به من أعمال ، أما التوكيل ، فان الوكيل agent لايقوم مقام الشركة الا فى الأحوال التى يكلف فيها بذلك (١) ، والعبرة دائما بالواقع لابالتسمية ، فاذا سمت الشركة فرعها بأنه توكيل فلا يؤخذ بهذه التسمية .

٣٥٢ — ولكن يحصل أحيانا أن يكون مركز الشركة الرئيسى فى الخارج ومع ذلك فانها تزاول كل أعمالها فى مصر فهل يمكن رفع جميع الدعاوى (٢) المتعلقة بهذه الشركات أمام المحاكم المختلطة ؟ اختلفت فى ذلك الآراء . فقضى بعض (٣) الأحكام المختلطة بالاختصاص فى نظر هذه الدعاوى تطبيقا للمادة ١٤ فقرة أولى باعتبار أن الشركة موجودة فعلا فى مصر ، ولو أن مركزها الرئيسى فى الخارج ، ما دامت مظاهر نشاطها حاصلة فى البلاد . وقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا الرأى فى حكم صادر فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٨ (٤) فى قضية رفعها أحد حملة السندات على شركة ترام القاهرة كى تدفع له قيمة السندات والأرباح بسعر الفرنك الذهب .

وقضى بعض (٥) الأحكام الأخرى على عكس الرأى السالف ، أى أن الدعاوى المتعلقة بالشركة يجب أن ترفع حتى فى هذه الأحوال أمام محكمة مركز

---

(١) قارن ١٨ ديسمبر ١٩٢٤ السابق الاشارة اليه .

(٢) أى بما فيها دعوى الشركة نفسها علاوة على الدعاوى المتعلقة بأعمالها التى تحصل فى مصر وذلك بسبب وجود مركز استغلالها الرئيسى فيها principal siège d'exploitation .

(٣) ٦ يناير ١٩١٩ . م . ت . م . ٣١ . ١٠٤ وقارن مع ذلك ٧ فبراير ١٩١٢ . جازيت . ٣ . ٨٨ الذى قضى بالاختصاص لمحكمة المركز الرئيسى ومحكمة مركز الاستغلال وأيضا ١٩ ابريل ١٩١٦ . جازيت ١٩٠ . ٢٦٦ .

(٤) والحكم منشور فى م . ت . م . ٤٠ . ٢٠٢ .

(٥) ١٧ مايو ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٤٨١ وحكم المحكمة التجارية ٢٣ فبراير ١٩٢٧ . جازيت ١٧ . ٤١٨ ومحكمة مصر المدنية ٣٠مايو ١٩٢٧ . جازيت ١٧٠ . ٤٢١ و ١٩ فبراير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٥٣ .

الشركة الرئيسى . ازاء هـذه الخلافات ، عرض الأمر على محكمة الاستئناف المختلطة بدوائرها المجتمعة ، ففصلت فيه بحكم صـادر فى ٣ مارس سنة ١٩٢٨[١] مؤيدا للرأى الأول ، واعتبرت أن الشركة فى هـذه الأحوال موجودة فعلا trouve en fait فى مصر ، وان كان مركزها الرئيسى يفيد وجودها القانونى فى الخارج ، وذلك قياسا على الأشخاص الذاتيين ، فتصبح المحاكم المختلطة مختصة وفقا للمادة ١٤ ، فقرة أولى . وقد قررت المحكمة فى حكمها أنه ما دامت الشركة تقوم بكل أعمالها ، أو بالنصيب الأوفر منها فى مصر فانها تكون بذلك قد قبلت الخضوع soumission لجهات الاختصاص المحلية . و يلاحظ هنـا أن الخضوع معناه التنازل عن عدم الاختصاص ، اذا كان مفروضا ، و به يثبت الاختصاص العام ، لأن الأصل فى هذا الأخير أن يكون شخصيا كما رأينا . أما هنا فاختصاص المحاكم المختلطة ثابت من أول الأمر لوجود الشركة فعلا فى مصر ، ولهذا نرى أن المحكمة لم تكن بحـاجة للاستعانة بمبدأ الخضوع لتقرير اختصاصها ، ولكن يظهر أنها فعلت ذلك من باب الاستطراد فحسب .

وقصارى القول أن الامتياز المقرر بموجب المادة ١٤ فى فقرتها الأولى ليس مقصورا على المصريين بل متعديا الى الأجانب . ولم يكن فى مقـدور المشرع المصرى أن يقصره على الأولين ، لأن النص وارد فى تشريع مختلط تستفيد منه جميع الجنسيات .

٣٥٣ — وتنص المـادة ١٤ فقرة ٢ على اختصاص المحاكم المختلطة بنظر القضايا التى ترفع على الأجانب الذين غادروا الأقطار المصرية[٢] وذلك فى أحوال محصورة ، بأن كانت الالتزامات ناشئة عن أموال منقولة أو عقـارية ،

(١) والحكم المنشور فى م . ت . م . ٤٠ . ٢٢٢ وراجع Messina ٢ . ٩٧ .

(٢) وفى النص الفرنسى qui ont quitté ونلفت الأنظار الى أن عبارة « الأقطار المصرية » أصبحت لا تتفق وانفصال مصر عن تركيا .

أو كانت نتيجة لاتفاق تم أو كان واجب التنفيذ فيها[1] ، أو كان الفعل حصل فيها أيضا .

ووفقا لهذه المادة حكمت المحاكم المختلطة باختصاصها بنظر الدعوى المتعلقة بعقد تم فى مصر مع وكيل لأجنبي غير موجود فيها وقت العقد[2] ، وحكمت باختصاصها أيضا بنظر الدعوى اذا كانت متعلقة بكمبيالة اتفق فيها على أن مصر هى محل الوفاء[3] ، وكذلك بنظر الدعوى المتعلقة بتصادم بحرى وقع فى الميـاه المصرية بين بواخر أجنبية مملوكة لشركات أو لأشخاص موجودين فى الخارج[4] ، وحكم بأن المدين الأجنبي الذى يترك البلاد وهو فى حالة توقف عن الدفع يمكن طلب اشهار افلاسه أمام المحاكم المختلطة لأن الفعل قد وقع فى مصر[5] .

---

(١) انظر ٤ ابريل ١٨٨٨ . المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ . ١٥١ بالنسبة للعقود التى يعقدها الأجنبي المقيم فى مصر أثنـاء وجوده فى الخارج على أن تنفذ فى مصر ، وقضى الحكم باختصاص المحـاكم المختلطة ، و ٢ ديسمبر ١٩١٥ . م . ت . م . ٢٨ . ٤٣ و ٨ مارس ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٢٢٨ وكذلك ٢٣ نوفبر ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٥ . ٤٦ وفى القضية كانت المفاوضات الأولية المتعلقة بالعقد ، وهو عقد تأمين ، قد تمت فى فرنسا ولـكن توقيع العقد نهائيا حصل فى مصر فاعتبرت المحاكم المختلطة مختصة على هذا الأساس . وقارن أيضا ٢٨ مارس ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤ . ٢٥٦ ، وبالنســبة للمنقولات يكتفى بوجود المنقول فى مصر وقت رفع الدعوى بشأنه . راجع Messina . ٢ . ١٠٨ .

(٢) وهنا مجال لفكرة التعاقد بالمراسلة قارن ١٣ يناير ١٩٢٦ . م . ت . م . ١٧٩ وكذلك Messina ٢ . ١٠٩ .

(٣) ١٠ يناير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ١٤٣ .

(٤) قارن ٢٢ مارس ١٨٩٩ . م . ت . م . ١١ . ١٦٦ و ١٠ ابريل ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٤ . ٢٤٢ وقد حكمت المحاكم المختلطة باختصاصها بنظر دعوى المسئولية عن حادثة قتل وقعت فى مركب فى عرض البحر ما دام المفروض أن المسافر كان يقصد المجيء الى مصر وتعهدت الشركة بذلك بموجب عقد النقل ، وعلى هـذا تعتبر مصر بلد الوفاء . محـكمة اسكندرية التجارية ١٩ ابريل ١٩١٠ . جازيت ١ . ١٣٣ ولـكن محكمة الاستئناف المختلطة رفضت الأخذ بهذا المبدأ لأن أساس المسئولية هنا الفعل لا العقد وبناء على ذلك يكون الاختصاص لمحـكمة مركز الشركة الرئيسى ٧ فبراير ١٩١٢ . جازيت . ٢ . ٨٨ .

(٥) ٢ مارس ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٩٧ و ٥ يونيه ١٩٠١ . م . ت . م . ١٣ . ٣٥٠ .

٣٥٤ — واذا رجعنا الى النص التشريعى السالف وجدنا أنه يقول بجواز رفع الدعوى على الأجنبي الذى غادر الديار ، فهل معنى ذلك أنه يشترط أن يكون الأجنبي موجودا من قبل أو لا ؟ اختلفت فى ذلك الآراء ، فقالت أغلبية الأحكام بأن النص يطبق على الأجانب بدون تفريق ، أى سواء سبقت لهم الاقامة فى مصر أو لا ، لأن الاختصاص هنا مبنى على عناصر محلية واعتبارات متعلقة بمصلحة المعاملات والأمن المدنى ، فلا داعى مطلقا لأن يفرق المشرع بين الأجانب الذين كانوا موجودين فى البلاد ثم غادروها ، والأجانب الذين لم يوجدوا فيها أصلا (١) . ويؤيد هذا الرأى المرحوم أبو هيف بك اذ قرر أن المشرع قد أورد العبارة السالفة الذكر (الأجانب الذين تركوها) فى النص خطأ ، لأنه تصور صعوبة حصول عقد أو وقوع حادث فى مصر دون أن يكون المتعاقدان أو الفاعل موجودين فيها ، وهذا مخالف للواقع اذ قد تتم العقود بالمراسلة أو بواسطة وكلاء ، وكذلك قد تقع حوادث بوساطتهم ، أو من أشياء مملوكة لأجنبي موجود فى الخارج . وقال بعض الأحكام الأخرى بعكس الرأى السالف ، أى بضرورة الأخذ بالتفرقة ، لأن لغة المشرع تفيد أنه أراد التمييز بين الحالتين ، وقد جاء فى حكم منها ما يأتى — نعم أن المشرعين الأجانب لم يتبعوا هذا التمييز لأنهم كانوا أحرارا فى وضع تشريعاتهم بخلاف المشرع المصرى الذى كان مقيدا بقيود الامتيازات ، ومن المفهوم أن الدول الأجنبية لاتسمح باعطاء اختصاص واسع للمحاكم المختلطة كما هى الحال بالنسبة لمحاكمها — ومع ذلك فان أنصار هذا الرأى أباحوا الاختصاص للمحاكم المختلطة فى المسائل المتعلقة بالعقارات وفقا لقانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ، وكذلك فى قضايا اصطدام البواخر التى تحصل فى المياه المصرية بناء على تصور قانونى مقتضاه أن الأجنبي يعتبر موجودا فى مصر.

---

(١) انظر مؤلفه . ٣٧٩ وحكم استئناف مختلط ٨ فبراير ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ١٦٠ .

ويلاحظ أن الاختصاص هنا مبناه المادة ١٤ فقرة أولى [١].

ازاء هذه الخلافات عرض الأمر على محكمة الاستئناف المختلطة بدوائرها المجتمعة ، ففصلت فيه بحكم صادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ [٢] أيدت به الرأى الأول ، واستندت علاوة على الحجج المتقدمة على المادة ١١ م . م . فقررت أن مبادىء العدالة والقانون الطبيعى تقضيان بتطبيق هذا النص على الأجانب الذين لم يوجدوا أصلا فى مصر ، لأن هذه المبادىء متبعة بصفة دولية [٣] . وأنه لاحاجة للاعتماد على لائحة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ للقول باختصاص المحاكم المختلطة فيما يتعلق بالعقارات .

٣٥٥ — وظاهر أن النص لايشترط أن يكون رافع الدعوى مصريا ، فيصح أن يكون أجنبيا وذلك لنفس الأسباب التى ذكرتها من قبل . ولكن مع ذلك فان بعض [٤] الأحكام المختلطة قد اشترط أن يكون رافع الدعوى متوطنا فى مصر ، لأن هذا النص يورد استثناءا على قاعدة أن المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه ، ولأنه اذا كانت التشريعات الأجنبية قد أباحت هذا الاستثناء لمصلحة رعاياها فان التشريع المختلط يبيحه فقط على هذا القياس للمتوطنين فى مصر ، أى أن الموطن يحل محل الجنسية لامكان الاستفادة من هذا النص . على أن هناك أحكاما كثيرة لم تأخذ بهذا الرأى المتقدم ، ورجح المرحوم أبو هيف

---

(١) والحكم صادر فى ١٠ مايو ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٢٧٤ وقد أشار اليه المرحوم أبو هيف بك ٣٧٧ وراجع أيضا ٢٠ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٢٣٢ .

(٢) ومنشور فى م . ت . م . ٣٨ . ٢٥٨ .

(٣) راجع فيما يتعلق بمركز الأجانب المتوطنين فى السودان بعد اتفاقية ١٩ يناير ١٨٩٩ حكم محكمة مصر التجارية الصادر فى ١٨ يونيه ١٩٢٧ . جازيت ١٨ . ٦٠ . وكان من المقرر قبل هذه الاتفاقية أن اختصاص المحاكم المختلطة شامل للسودان .

(٤) انظر ٢٩ مارس ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٢٧٥ ولكن يظهر أن الأحكام المختلطة التى تسير فى هذا الاتجاه تميل الى اسقاط هذا القيد اذا كان النزاع متعلقا بعقار . ١٢ يونيه ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٤ . ٣٤٧ .

بك الرأى الأخير ، ونحن نؤيده ، لأن هذا القيد لا وجود له فى النص فلا محل لابتداعه [١] .

٣٥٦ — واذا تحقق الاختصاص العام للمحاكم المختلطة بناء على سبب من الأسباب السالفة الذكر فان للمدعى الحق فى رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة الاسكندرية ، وقد ورد النص على ذلك صراحة فى المادة ٣٥ مرافعات فقرة ٩ . وظاهر أن السبب فى اختيار أحد هذين المحلين راجع الى أنه ليس هناك موطن للأجنبى فى مصر [٢] . ولا يغيب عن الذهن أنه يشترط لتطبيق المادة ٣٥ فقرة ٩ أن يكون الاختصاص العام متوفرا من قبل .

٣٥٧ — ويتصل بنص المادة ١٤ السالفة الذكر نص المادة ٣٥/٧ مرافعات وقد أباح للمدعى فى المواد التجارية أن يكلف المدعى عليه بالحضور أمام محكمة محله اذا كان له موطن فى مصر أو أمام محكمة المحل الذى حصل الاتفاق وتسليم البضاعة فيه — أى أن حصول الاتفاق وحده لا يكفى لاعطاء الاختصاص للمحكمة بل لا بد أيضا من تسليم البضاعة فعلا — كما يبيح النص رفع الدعوى أمام المحكمة التى بدائرتها يحصل الوفاء . وكلمة وفاء هنا تؤخذ بمعناها الواسع [٣] .

---

(١) انظر ١٠ مايو ١٩٠٦ . م . ت . م . ١٨ . ٢٤٧ وأبو هيف بك ٣٨٢ والأحكام التى أشار اليها .

(٢) فان وجد له موطن مختار رفعت الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها هذا الموطن ، وانظر أخيرا حكم استئناف مختلط ٥ يونيه ١٩٣٥ منشور فى م . ت . م . ٤٧ . ٣٥٩ .

(٣) وعندى أن نص المادة ٣٥/٧ ينطبق بحسب الأصل ، على العلائق التى تتم فى مصر أما العلائق التى تتم فى الخارج فانه يحكمها بفضل الاحالة الواردة فى المادة ١٤ م . م . وأهمية هذه الملاحظة تظهر فى أن المطلوب فى الأصل هو تحديد المحكمة المختصة داخليا أى فى داخل الحدود المصرية ، فاذا كانت بلد الوفاء ايطاليا مثلا فمن الممكن أن يؤول النص بأنه يعترف بالاختصاص للمحاكم الايطالية فى هذه الحالة . والخلاصة أن النص ينظم الاختصاص الخاص للمحاكم المصرية فيما يتعلق بالمحاكم التجارية المصرية ، وكذلك ينظم الاختصاص العام المباشر فى المسائل التجارية . قارن المادة ٤٢٠ م . ف وشرحها فى Bartin . ١ . ٥٥٧ حيث يقرر نفس الرأى بالنسبة للتشريع الفرنسى =

وقد كان لهذه المادة الأخيرة شأن كبير قبل صدور حكم الدوائر مجتمعة السالف فى سنة ١٩٢٦ لأن المحاكم [١] التى كانت تقصر تطبيق المادة ١٤ / ٢ على الأجانب الذين كانوا بمصر فعلا ثم تركوها كانت تعترف باطراد بامكان تطبيق المادة ٣٥ / ٧ مرافعات فى المسائل التجارية على الأجانب الذين لم يقيموا أصلا فى البلاد كما هو ظاهر من الحالتين الأخيرتين المذكورتين فى المادة ، وكذلك من العبارة الأخيرة الواردة فى نهاية المادة ١٤ م . م .

والواقع أنه لا يكفى مجرد وجود الأجنبى المدعى عليه فى مصر لامكان اختصاص المحاكم التجارية بنظر منازعات لم تتوفر فيها الشروط الواردة فى المادة ٣٥ / ٧ . وذلك على خلاف ما هو متفق عليه فى تفسير المادة ١٤ / ١ مدنى ، وحكم الدوائر مجتمعة فى تفسير المادة ١٤ فقرة ٢ مدنى ، ومن هنا يتبين لنا أن اختصاص المحاكم المختلطة المدنية أوسع بكثير من اختصاص المحاكم التجارية .

وقد تساءل البعض عن طبيعة الاختصاص المقرر فى المادة ١٤ وهل هو من النظام العام أو لا ؟ فحكمت المحاكم المختلطة [٢] أن أسباب الاختصاص الواردة فى المادة ١٤ متعلقة بالنظام العام لأنها مبنية على أسباب محلية راعاها المشرع ، ولأن المحاكم المختلطة انما أنشئت باتفاقات دولية لنظر هذه المنازعات بين الأشخاص المختلفى الجنسية فلا يملك هؤلاء الأشخاص نزع اختصاصها وتخويله لمحكمة أجنبية بمجرد اتفاقهم على ذلك ، ولو كان هذا الاتفاق مشروعا وفقا لقانون

= وكذلك ١١ مايو ١٩٠٤ . م . ت . م . ١٦ . ٢٣٩ وحكم محكمة اسكندرية التجارية أول ابريل ١٩٢٦ . جازيت ١٦٠ . ٢٦٥ وأيضا ١٩ فبراير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٥٣ وعكس رأينا Messina . ٢ . ١٠٣ .

(١) قارن مصر المختلطة التجارية ٢٠ ابريل ١٩١٢ جازيت . ٢ . ٣٤ . ٢٧٤ و ٢٠ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٢٣٢ و ٦ مايو ١٩٢٥ . م . ت . م ٣٧ . ٤٠١ .

(٢) ٢٥ مايو ١٨٩٢ . م . ت . م . ٤ . ٢٩٤ و ٩ مايو ١٩١٧ . م . ت . م . ٢٩ . ٤١٠ و ٨ مارس ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٢٢٧ و ٢٨ مارس ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٢٥٦ .

المحكمة الأجنبية . وعلى ذلك اذا اختار شخص موطنا فى الخارج رغبة فى اعطاء الاختصاص لمحكمة هذا الموطن وفقا للمادة ٣٥/٥ فان هذا الاتفاق لا يكفى لنزع الاختصاص العام للمحاكم المختلطة اذ النص الأخير انما ينطبق فقط بشأن الاختصاص المحلى الخاص (١) .

ومن الجهة الأخرى فقد أجازت المحاكم المختلطة الاتفاق على اختصاصها ولو فى غير الأحوال الواردة فى المادة ١٤ م . م . فاذا رفعت الدعوى أمام المحاكم المختلطة ولو لم تكن مختصة بناء على سبب من الأسباب التى بيناها ، فليس لها أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ، بل لا بد وأن يتمسك المدعى عليه بذلك فى بدء القضية ، لأن عدم الاختصاص هنا شخصى لا موضوعى ، فالاتفاق على اختصاصها قد يتقرر صراحة أو ضمنا (٢) .

هذا ويلاحظ أن المشرع المصرى عند تحديده الاختصاص العام للمحاكم المختلطة لم يتأثر فقط باعتبارات الأشخاص السابقة ، بل تأثر كذلك بالاعتبارات الموضوعية من حيث تحديد الاختصاص الخاص كما رأينا عند شرح المادة ٣٥/٧ مرافعات اذ أنها خاصة بالمسائل التجارية دون المدنية .

٣٥٨ — انتهينا الى هنا من بحث الاختصاص العام للمحاكم المختلطة بالنسبة للدعاوى الشخصية سواء كان موضوعها مدنيا أو تجاريا . ونعرض الآن

---

(١) انظر ٢٥ مايو ١٨٩٢ . م . ت . م . ٤ . ٢٩٤ وقارن ٨ مارس ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٢٣٨ الذى يقرر أن ضمان الأجنبى المتوطن فى الخارج لآخر يجعل المحاكم المختلطة مختصة ولو لم يتوفر أحد الأسباب الواردة فى المادة ١٤ / ٢ م . م . وقارن ٢٤ ابريل ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٣١٩ . وقد قرر أنه لا يمكن الاتفاق على اختصاص محكمة أجنبية دون المحاكم المختلطة ، اذا كان هذا الاتفاق قد حصل فى مصر ، أما اذا حصل الاتفاق فى الخارج مقارنا للتصرف القانونى محل النزاع فهذا الاتفاق جائز . وأشار الحكم فى هذا الصدد الى حكم استئناف مختلط صادر فى ١٦ فبراير ١٩٢٨ ومنشور بنفس المجموعة . ٢٠٢ وحكم آخر صادر فى ٣ مارس ١٩٢٨ ومنشور بنفس المجموعة . ٢٢٠ .

(٢) راجع Messina . ٢ . ١١٤ .

لبحث الاختصاص العام لهذه المحاكم بالنسبة للدعاوى العقارية . وقد رأينا أنه اذا تعلقت هذه الدعاوى بالتزامات عقارية فانها تدخل فى الاختصاص العام المختلط بناء على المادة ١٤ سالفة الذكر . أما اذا كانت الدعوى عينية فان هذه المحاكم تختص بنظرها عملا بالقواعد العامة المقررة فى الاختصاص العام ، وكذلك بنص المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و بنص المادة ٥ م . م ، وأيضا عملا بأحكام الفرمان العثمانى الصادر فى ٧ صفر سنة ١٢٨٤[١] .

ولقد قام بعض الشك حول جهة الاختصاص بشأن الدعاوى العينية العقارية بين الوطنيين (المصريين) وهل تدخل فى اختصاص المحاكم المختلطة دون المحاكم الأهلية وذلك لأن عبارة النصوص كانت غامضة بعض الغموض ، اذ كانت تقول بالاختصاص بالنسبة لهذه الدعاوى بين الأشخاص متحدى الجنسية . وقد عدلت هذه النصوص فى سنة ١٩٠٠ ، فذكرت لفظة (أجانب) صراحة ، أى أن المحاكم المختلطة تختص بنظر هذه الدعاوى ولو كانت بين الأجانب المتحدى الجنسية[٢] دون المصريين .

ومن الجهة الأخرى فان تحديد معنى عبارة الدعاوى العينية العقارية قد أثار الخلاف . فحصل التساؤل عما اذا كانت تشمل الدعاوى المختلطة ، أو ما يسميه البعض بالدعاوى الشخصية العقارية أو لا[٣] ؟ فقال بعض الأحكام بأن هذه الدعاوى هى فى الحقيقة دعاوى عينية عقارية ، وقال البعض الآخر بأنها دعاوى شخصية ، ولذا لا تدخل ضمن النص لأنه استثنائى[٤] .

(١) وهذا المبدأ مقرر بصفة عالية ولا ينازع فيه أحد ، قارن Pillet-Niboyet . ٨٩٨ .

(٢) وفى رأى المحاكم المختلطة أنها مختصة بنظر هذه الدعاوى حتى بين الأجانب المتحدى الجنسية ولو لم يكونوا تابعين لدولة من الدول صاحبات الامتياز قارن قبله . ١٤ هامش (١) .

(٣) ومن هذه الدعاوى ، دعوى ابطال البيع أو الاقرار بحصول مقايضة أو ابطال صلح أو عقد منشىء لدوطة على عقارات الخ .

(٤) وتظهر أهمية هذا الخلاف من وجهة الاختصاص الخاص اذ أننا لو اعتبرنا أن هذه الدعاوى شخصية وكانت بين أجانب متحدى الجنسية فانها تكون من اختصاص المحاكم القنصلية =

وقواعد الاختصاص العام التى تناولناها بالبحث خاصة بالعلائق المالية دون علائق الأحوال الشخصية ، اذ تقع هذه الأخيرة فى اختصاص محاكم أخرى أهمها المحاكم الشرعية لأنها المحاكم العامة ، بالنسبة للمصريين على الأقل ، فى نظر هذه المسائل[١] . وتقرر المادة ٢٣ من لائحة ترتيبها أنه يصح رفع الدعوى على المسلم ما دام موجودا فى القطر المصرى وذلك سواء كان المدعى مسلما أو ذميا أجنبيا كان أو مصريا[٢] . فاذا كان المدعى والمدعى عليه أجنبيين واتفقا على اختصاص المحاكم الشرعية ، فان بعض هذه المحاكم يعتبر هذا الاتفاق صحيحا وينظر النزاع بغير مراعاة لاختلاف الجنسية . على أن المحاكم القنصلية تنكر عليه هذا الاختصاص ، اذا كان الأجانب من رعايا الدول أصحاب الامتيازات ، كما تنكره عليه أيضا المحاكم المختلطة فى حالة الأجانب غير الممتازين أو الذين لا جنسية لهم كما هى الحال بالنسبة للروس اللاجئين .

وانى ألفت الأنظار الى أن المادة ٣ من قانون المجالس الحسبية تقرر اختصاص هذه المجالس بالنسبة لجميع المتوطنين فى مصر ، مصريين كانوا أو أجانب غير ممتازين ، وهذا النص بدوره متعلق بالاختصاص العام[٣] .

٣٥٩ — رأينا أن القواعد التى تبين الاختصاص العام يضعها المشرع الوطنى حسبما يراه موافقا ، فقد يتوسع فيها كما فعل المشرع الفرنسى ، وقد يضيق فى بعض الأحوال كما فعل المشرع المصرى ، وعلى أية حال فان هنالك قيودا عامة

= وهذا الرأى مرجوح ويناهضه Du Rausas. ٢ . ٣٥٥ — ٣٥٧ وتجرى أغلبية الأحكام على عكسه ومنها ٨ مايو ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩ . ٢٤١ و٢٩ مايو ١٩٢٣ م . ت . م . ٢٥ . ٤٦٤ و٧ فبراير ١٩٢٨ . جازيت ١٨ . ١٣١ . ١٤٤ ويؤيد الرأى الأول ٢١ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٢٣٦ .

(١) وسنعرض لاختصاص الجهات الطائفية الأخرى فى الكتاب الثالث من مؤلفنا .

(٢) ويلاحظ هنا أن المحاكم الشرعية من هذه الناحية أوسع اختصاصا من المحاكم الأهلية .

(٣) راجع قبله ٢٨٤ والهوامش .

تدخل على الاختصاص العام . ومبنى هذه القيود وجوب اعفاء بعض أشخاص من سلطان القضاء الوطني وذلك لتمتعهم بامتيازات سياسية ، ولو لم تقل بها المعاهدات، كرؤساء الدول الأجنبية الموجودين فى الخارج ، الا اذا تعلق النزاع بمصالحهم الخاصة كأن كانت لهم أملاك خارج دولتهم ، فيقول البعض بجواز رفع الدعوى عليهم لأن علة الاعفاء منتفية ، وهى المحافظة على استقلال الدولة التى يمثلونها . ومن المقرر فى هذا الصدد أنه يصح لرؤساء الدول أن يتنازلوا عن هذا الامتياز بخضوعهم للقضاء الوطنى ، اذ الخضوع كما هو معلوم سبب من أسباب الاختصاص العام [١] . وكذلك تعفى الحكومات الأجنبية من القضاء الوطنى وذلك رغبة فى عدم المساس بسلطانها وسيادتها ، وتتبع هنا نفس التفرقة السابقة ، وأساسها التمييز بين التصرفات العامة والتصرفات الخاصة ، فتخضع هذه الأخيرة للقضاء الوطنى [٢] . أما الممثلون السياسيون والقنصليون فيعاملون فى مصر معاملة خاصة نظمت بدكريتو سنة ١٩٠١ [٣] .

---

(١) وهذه الأحكام مقررة فى أغلب الممالك الأوروبية تشريعا وقضاء ، الا أنهم فى انجلترا لا يبيحون رفع الدعوى كلية . راجع Dicey . ٢١٦ وكذلك المجلة ١٩١٣ . ٥٣٥ .

(٢) فالأصل اذن أن ترفع الدعاوى على الحكومة الأجنبية أمام محاكمها ويتبع ذلك على الأقل من باب الأخذ بالأحوط . ولكن لا جدال أيضا فى أن المحاكم الوطنية تختص اذا ما خضعت لاختصاصها الحكومات الأجنبية ، وكذلك اذا كان موضوع الدعوى عقارا . قارن Pillet-Niboyet ٩٠٨ حيث يقرر أن المحاكم الفرنسية ترفض اتباع التفرقة بين التصرفات العامة والتصرفات الخاصة وتقول باعفاء الحكومات الأجنبية دائما من اختصاص المحاكم الفرنسية ، وعلى أية حال فانه من المقرر حتى فى الأحوال التى تختص فيها المحاكم الوطنية أن لا تتبع اجراءات التنفيذ الجبرى .

(٣) بالنسبة للحالة قبل صدور هذا الدكريتو ، وكان عمادها بعض الاتفاقات السياسية الخاصة ، يراجع بسطوروس . ١ . ١٨٥ و١٨٧ حيث تجد مثالب هذه الحالة التى دعت الى الاصلاح . ويلاحظ أن الدكريتو السالف الذكر انما ينطبق فقط بالنسبة للممثلين السياسيين والقنصليين للدول التى وافقت على نظام الاصلاح ، فمن عداهم يتبع فى شأنهم القواعد العامة فى القانون الدولى العام وقواعد الاختصاص العام المصرية . على أنه يستفيد من أحكام هذا الدكريتو بعض المعاهد الدينية وذلك بموجب اتفاقات خاصة . راجع أخيرا فى الموضوع حكم ٧ مارس ١٩٣٥ . م . ت . م . ٤٧ . ١٩٢ وكذلك حكم ١٠ فبراير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٣١ .

ومن المتفق عليه فى القانون الدولى العام أن هناك أشخاصا آخرين يعفون من القضاء الوطنى بناء على فكرة الخروج عن الاقليم كأفراد القوات البرية والبحرية وليس هنا مجال تفصيل ذلك[١].

ويتقيد الاختصاص العام فى مصر بشأن الدعاوى العينية العقارية اذا تعلقت بعقارات كائنة فى الخارج . وهذا القيد معترف به بصفة عامة فى كل الدول ، ويمكن الأخذ به فى مصر اعتمادا على مفهوم المخالفة من المادتين ٥ م . م . و ٩ من لائحة الترتيب المختلطة ، وفى رأى المحاكم أنه لا مانع يمنع من أن تختص محكمة أجنبية بنظر النزاع اذا قضت بذلك المبادىء العامة فى الاختصاص العام[٢] .

٣٦٠ — واذا رفعت دعوى الى المحاكم المختلطة وكانت مختصة بنظرها وفقا للمبادىء السالفة . فانها تنظر فيها ، حتى اذا دفع أمامها بدفع الاحالة للارتباط Connexité أو لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية أخرى litis pendance فى نفس الوقت فانه لا يؤخذ بهذا الدفع ولو أن ذلك قد يؤدى فى النهاية الى التناقض بين الأحكام . والعلة فى ذلك أن مجال الأخذ بالدفع هو أحوال الاختصاص الخاص ، اذ الاختصاص العام تتمتع به محاكم كل دولة بالاستقلال عن محاكم الدول الأخرى[٣] .

ولكن هل تقبل دعوى الضمان الفرعية على أجنبى ، لم يكن للمحاكم المختلطة اختصاص عليه من أول الأمر بصفة أصلية ؟ قال المرحوم أبو هيف بك

---

(١) راجع مؤلف زميلنا الأستاذ جنينة فى القانون الدولى العام . ٣٤٠ وما بعدها .

(٢) انظر ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٦ . ١٠١ و ١٨ يناير ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٥ . ١٥٨ و ١٠ يناير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ١٤٤ .

(٣) ومع ذلك فمن المقرر أنه اذا تعدد المدعى عليهم وكانوا تابعين لدول مختلفة فمن الممكن الجمع بينهم أمام محكمة دولة واحدة حسب اختيار المدعى . قارن ٢٠ فبراير ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٢٠٢ وكذلك حكم محكمة اسكندرية التجارية ٩ يناير ١٩٢٢ . جازيت . ١٢ . ٢٦٦ .

بجواز ذلك وسمى هـذا الاختصاص بالاختصاص المبنى على التيسير . Considerations of convenience واستند فى ذلك على أفكار Dicey .

ولكن رفضت المحاكم المختلطة الأخذ بهـذا الرأى وقضت بعدم قبول الدعوى فى هذه الحالة (١) .

٣٦١ — ومن المتفق عليـه أن تغيير الخصوم لجنسيتهم بقصد نزع الاختصاص من المحكمة بعد رفع الدعوى أمامها لا يؤثر مطلقا فى هذا الاختصاص (٢) . وذلك تطبيقا لفكرة الغش نحو القانون . والجنسية محل الاعتبار هى التى يتمتع بها الأخصام وقت رفع الدعوى (٣) . وعلى أية حال فمن المتفق عليه أيضا أنه اذا تغيرت جنسية أحد الطرفين أثناء نظر الدعوى و بدون غش من جانبه، كما اذا ضم جزء من دولته الى دولة أخرى ، أو اذا كان أحد المتقاضين امرأة عقدت زواجا فاكتسبت بموجبـه جنسية أجنبية ، فان ذلك لا يؤثر فى سـير الدعوى ، اذ القول بعكس ماتقدم معناه السماح بالاضطراب فى الاجراءات الخاصة بادارة القضاء وتقرير العدالة ومعلوم أنها متعلقة بالنظام العام . أما اذا كان تغيير الجنسية قد تم فى الفترة بين نشوء العلاقة القانونية ورفع الدعوى بشأنها فانه يعتبر، أى أنه يؤثر فى الاختصاص فترفع الدعوى أمام محكمة جنسيته الجديدة .

---

(١) انظر ١٠ فبراير ١٨٨١ المجموعة الرسمية المختلطة ٦٠ — ٨٥ وأبو هيف بك ٣٨٥ و Dicey ٥٨ و ٥٩ وقارن مع ذلك قبله ٣٩٩ . هامش (١) .

(٢) راجع مقالنا فى تغيير الديانة وآثاره ٣٠٦ وحكم محـكمة مصر الـكلية ٢٧ فبراير ١٩٣٤ . المحاماة ١٤ . ٦٢١ والأحكام المختلطة التى أشار اليها . والأحكام الـكثيرة المشار اليها فى بسطوروس . ١ . ١٦٨ .

(٣) وقد زعم البعض أن الجنسية محل الاعتبار هى جنسـية الأخصام وقت نشوء العلاقة القانونية . راجع Aubry et Rau . ٨ . ٧٤٨ ولـكن رفض القضاء الأخذ بهـذه النظرية لأن النصوص التشريعية تقول بعكسها . راجع Valéry . ٧٢٦ — ٧٣٣ وعلى الأخص القضية الشهيرة المعروفة باسم « الـكونت دى بارى » .

الفصل الثانى

فى

قواعد المرافعات

٣٦٢ — اذا ماثبت الاختصاص العام المباشر لمحكمة مصرية بنظر نزاع فيه عنصر خارجى ، فان الفصل فى هذا النزاع لايتم الا بعد اتباع اجراءات معينة تنظمها قواعد المرافعات [(١)] ، فأى قانون يرجع اليه لمعرفة القواعد، أو بعبارة أخرى لأى قانون تخضع قواعد المرافعات ؟ من المتفق عليه أن هذا القانون هو قانون القاضى lex fori الذى رفع اليه النزاع ، ولكن رغم الاتفاق على المبدأ الرئيسى فان الخلافات كثيرة بشأنه .

٣٦٣— وتبدأ الخلافات على أساس المبدأ فى ذاته ، فقال البعض ان علة الأخذ به هو اتباع قاعدة .. Locus لأن الاجراءات تتم فى بلد القاضى وهى متعلقة بالشكل فتخضع اذن للقاعدة السالفة الذكر ، ولقد أثبت الأستاذ [(٢)]

---

(١) وعلى ذلك يمكننا أن تقرر أن قواعد المرافعات بخلاف القواعد الموضوعية التى تفصل فى موضوع النزاع ، هى عبارة عن القواعد التى تبين الطرق اللازم اتباعها لعرض النزاع على القضاء . وكذلك القواعد التى يتبعها هذا الأخير توصلا للفصل فى موضوع النزاع. وظاهر أنها على هذا الأساس بعيدة عن المساس بموضوع الحق فى ذاته اذ تنصرف مهمة القضاء الى التحقق من وجود النزاع ثم تطبيق الوسائل المقررة قانونا للوصول الى اكتشاف الحق . قارن رسالة Silz السابق الاشارة اليها ١٣٤ وما بعدها . ولا يفوتنا أن نشير هنا الى الصلة التى توجد بين قواعد المرافعات بهذا المعنى والقانون العام فى الدولة ، اذ القضاء من وظائف الدولة الأساسية . وقارن أيضا ٢٧ يناير ١٨٩١ . م . ت . م . ١ . ٦١٦ .

(٢) راجع مؤلفه . ١ . ٤٠٥ ومؤلف Silz ٣٠٣ حيث يقرر أن اجراءات التصرف هى التى تخضع بحسب الأصل لحكم القاعدة ، أما اجراءات الفصل فى النزاع فهذه تخضع لقانون القاضى ولو أن النزاع ناجم عن التصرف . راجع نفس المؤلف ١١٨ وما بعدها . وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٠ ابريل ١٨٩٨ . Clunet . ١٩٠١ . ٣٤١ . والواقع أن اتباع قانون القاضى فى مسائل المرافعات مقرر منذ زمن بعيد اتباعا لمبدأ عينية القوانين la réalité des statuts .

Bartin فساد هذا التعليل لأن القاعدة السالفة اختيارية ، اذ أن تطبيقها موقوف على عدم التجاء الطرفين للشكل المقرر فى قانون آخر ، كقانون جنسيتهما مثلا ، وهذا مالايمكن التسليم به بالنسبة لقواعد المرافعات ، اذ المفروض أن هذه القواعد آمرة .

وقال آخرون ان أساس الأخذ بهذا المبدأ هو فكرة النظام العام [١] ، أى أن هذه القواعد معتبرة من النظام العام ، فلا يمكن للقاضى أن يسمح باتباع غيرها فى أية دعوى يختص بنظرها . ولقد أثبت الأستاذ Bartin فساد هذا القول ، لأن تطبيق قانون القاضى بالنسبة لمسائل المرافعات معترف به فى كل بلاد العالم المتمدين باعتباره مبدأ عالميا فى القانون الدولى الخاص ، أما تطبيق قانون القاضى بناء على فكرة النظام العام فمختلف فى تقديره فى البلاد المختلفة لأن فكرة النظام العام كما هو معلوم متغيرة باختلاف المكان والزمان .

وعلى ذلك تكون العلة الحقيقية فى تطبيق قانون القاضى فى مسائل المرافعات ، هو أن القاضى الوطنى فى أى بلد ما انما يقضى بناء على السلطة التى أعطاها اياه صاحب السلطان فى تلك البلاد ، فهو ملزم اذن باتباع الوسائل التى يبينها تشريع بلاده ، ولا يمكن التسليم قط باختلاف الاجراءات فى جلسة واحدة فى القضايا المختلفة ؛ خصوصا أن مسائل المرافعات ليست من الحقوق التى يصح للأخصام أن يدعوها لأنفسهم [٢] .

وقد حكم تطبيقا لذلك بأن القانون الذى نظم اجراءات الحجز والتنفيذ هو قانون الجهة التى يوجد فيها الشىء المحجوز ؛ لأنه قانون السلطات التى تباشر

---

(١) راجع Bartin . ١ . ٤٠٩ — ٤١٤ . وقارن ٢٧ يناير ١٨٩٨ . م . ت . م . ١ . ١١٧ وكذلك ١٨ يناير ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٥ . ١٥٨ .

(٢) انظر Bartin . ١ . ٤٠٦ وكذلك Silz حيث يقرر أننا هنا فى نطاق القانون العام ، اذ لا بد من الطمأنينة على الحقوق . ولقد حصل التساؤل عن القانون الذى يحكم الاجراءات اذا كان الفصل فى الموضوع يدخل فى اختصاص محكمين . وفى رأى الأستاذ Bartin أن هذا القانون هو قانون الجهة التى يحكم فى دائرتها المحكمون . المرجع السابق .

توقيع الحجز ، ولا محل اذن لاتباع الاجراءات المقررة فى قانون جنسية الحاجز أو المحجوز عليه.

٣٦٤ — على أن خضوع المرافعات لقانون القاضى لا يمنع من وجود بعض فوارق بسيطة بين القضايا ذات العنصر الأجنبي والقضايا الوطنية . وتظهر هذه الفوارق فى مواعيد المسافة ، وضرورة تبليغ الاعلانات [١] بطرق خاصة ، ومراعاة نصوص المعاهدات الدولية ان وجدت . ووفقا لما تقدم اذا نص قانون القاضى على أنه يجب على الأجنبي رافع الدعوى أن يقدم كفالة Cautio judicatum solvi ، كما هى الحال فى التشريع الفرنسى ، اتبعت أحكامه فى هذا الصدد .

٣٦٥ — ولقد قام الخلاف أيضا حول تحديد المراد بقواعد المرافعات [٢] ، وذلك نظرا للاتصال القوى بين الاجراءات والموضوع ، ففى انجلترا يعطون لقواعد

---

(١) وتثير مسألة شكل الاعلان الخلاف ، فوفقا لأى قانون يتم هذا الشكل ؟ هل يتبع قانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى أو قانون موطن المعلن وفقا لقاعدة Locus . اذا قلنا باتباع قانون المحكمة فاننا نقف أمام صعوبة أخرى أساسها أن قانون هذه المحكمة انما يختص اذا ما رفعت الدعوى صحيحة فوفقا لأى قانون يفصل فى صحة الاعلان ؟ الواقع أن التشريعات المختلفة تفصل فى ذلك مقدما (انظر ٨/١٠ مرافعات أهلى مختلط) . فبدأ الاجراءات اذن بالاعلان يرجع فى صحته للقانون المصرى فى كل مرة كانت الدعوى مرفوعة أمام محكمة مصرية ولو كان المدعى عليه أجنبيا مقيما فى الخارج . قارن أبو هيف بك . ٣٣٧ — ٣٣٨ وعلى الأخص ٣٤٠ حيث تجد نصوص الاتفاقية المصرية السودانية بشأن تسليم الاعلانات وكذلك Weiss . ٦٤٧ .

وتلحق بمسألة بدء الاعلان وجوب انهاء الاجراءات لبطلان المرافعة péremption d'instance فهل يرجع هنا لقانون القاضى أو لقانون الموضوع ؟ وظاهر أن هذه المسألة تختلف عن مسألة مضى المدة المسقط وقد أشرنا اليها فيما مضى (٣٢٦ من مؤلفنا) . والراجح هنا اتباع قانون القاضى اذ أن هذا القانون انما يقرر البطلان منعا لبقاء الدعوى أمدا طويلا . قارن Weiss . ٦٥١ وكذلك Dicey ٧٦٣ بالنسبة لمضى المدة المسقط .

(٢) ولا شك أن هذه المسألة بدورها متعلقة بالتكييف ، ولذا كان من الطبيعى خضوعها لقانون القاضى . وهذا لا يغنى مطلقا عن تأثيرها الكبير فى حقوق الأخصام قارن Silz ١٤٤ هامش (١) .

المرافعات معنى واسعا ، اذ يدخل ضمن المرافعات كل الوسائل المؤدية الى اظهار الحق وعلى الأخص وسائل الاثبات . فالحق من حيث هو يخضع لقانون العقد أما وسائل اثباته فتخضع للقانون الانجليزى باعتبار أن الاثبات داخل ضمن المرافعات . ويقولون [١] تأييدا لمذهبهم أنه لا يمكن لأحد أن يعترض على اظهار الحقيقة بالوسائل التى يقرها قانون القاضى ، كما أنه لا يمكن اكراه القاضى على قبول وسيلة فى الاثبات لا يقرها قانونه ، فالمفروض أن قواعد المرافعات المقررة فى قانون القاضى بما فيها وسائل الاثبات ، أحسن من غيرها ، خصوصا اذا لاحظنا أنها مرتبطة ارتباطا وثيقا بقواعد الآداب والحالة الاجتماعية لبلد القاضى . وقد وجد فى فرنسا من أيد هذا المذهب فقالوا بأن الأخذ بقانون أجنبى فى مسائل الاثبات مخالف للنظام العام .

ولكن الرأى الغالب فى فرنسا وفى البلاد اللاتينية [٢] يقرر أن الأخذ بالرأى السابق من شأنه المساس بالحقوق المكتسبة طبقا للقانون الأجنبى الذى يحكم العلائق القانونية من حيث الموضوع ، اذ أن قانون القاضى متغير بتغير المحكمة التى يرفع اليها النزاع ، فيصح أن يكون النزاع من اختصاص محاكم مختلفة . فاذا أخذنا بهذا الرأى تغير المركز القانونى بتغير المحكمة ، ولما كان من المعتاد أن ترفع الدعاوى أمام محكمة موطن المدين ، فليس أسهل على الأخير من تغيير موطنه لكى يؤثر فى حقوق دائنيه ، ويفوت عليهم فى بعض الأحوال اثبات

---

(١) انظر Dicey ٧٦٢ — ٧٦٣ والأمثلة المذكورة فى ٧٦٦ وأبو هيف بك ٣٤١ . والزينى مذكرات . ٧٤ .

(٢) قارن Weiss ٦٥١ — ٦٥٢ حيث ضرب أمثلة متعددة يرى فيها وجوب الأخذ فى الاثبات بقوانين أجنبية أمام المحاكم الفرنسية و Surville . ٦٦٧ حيث يقرر أن طريقة الاثبات يجب أن تكون معلومة مقدما á priori نظرا لتأثيرها فى موضوع الحقوق . ويقرر الأستاذ أن مجال التنازع هنا هو فى الواقع بين القانون الذى يحكم موضوع التصرف وقانون محل حصوله . انظر ٦٦٨ — ٦٦٩ بالنسبة للاثبات بالكتابة الحاصلة فى شكل رسمى أجنبى أو التى تمت بطريقة عرفية .

ديونهم رغم وجودها حقيقة وفعلا ، ولذلك فان أصحاب هـذا الرأى يقولون بالتفصيل الآتى :

(١) ان القانون الذى يحكم الموضوع هو الذى يفصل فى صفة Qualité المتقاضين ، وهل يجوز لهم رفع الدعوى أو لا ، وعلى من يقع عبء الاثبات ؟ فمثلا اذا كانت الدعوى دعوى وضع يد ، فقانون موقع العقار هو الذى يحدد المزايا التى يتمتع بها واضع اليد ، واذا كانت الدعوى متعلقة بمسئولية ناشـئة عن فعل وقع فى فرنسا فانه يؤخذ بالقواعد المذكورة فى المواد ١٣٨٤ — ١٣٨٦ م . ف . لأن القرائن التى يترتب عليها تحويل عبء الاثبات داخـلة فى الحقيقة فى النظام القانونى المتعلقة به (وهو هنا المسئولية الفعلية) ، وكذلك لا يقبل الاعتراف أو اليمين الحاسمة الا اذا أجاز ذلك قانون الموضوع . ويندر أن لا يسمح قانون بالأخذ بالاعتراف ، ولكن مع ذلك توجد بعض تشريعات لا تأخذ به فى بعض الأحوال ، كما يحصل ذلك فى مسائل الطلاق ، اذ قد يعترف الزوج أو الزوجة بوجود سبب من أسبابه بغير أن يثبت ذلك بطريقة أخرى ، كل هـذا رغبة فى الحصول على الطلاق .

كما أنه يرجع الى قانون الموضوع لمعرفة الوقائع التى على المدعى اثباتها (١) faits à prouver . والخلاصة أن القواعـد الموضوعيـة فى الاثبـات (٢) decisoria litis تخضع بصفة أصلية للقانون الذى يحكم الموضوع ، وهذا ما حكمت به المحاكم المختلطة باطراد ، فيؤخذ بالدليل الذى يقول به القانون الأجنبى الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وان كان هـذا الدليل غير مقبول وفقا لقانون

---

(١) راجع حكم محكمة اسكندرية التجارية ١٢ ديسمبر ١٩١٨ . جازيت . ٩ . ١٠٢ ويقول الكتاب ان القرائن القانونية ملحقة بالاعتراف . Bartin . ١ . ٤٥٠ .

(٢) راجع فيما يتعلق بهـذا التقسيم Surville . ٦٦٦ و Weiss . ٦٤٥ حيث يقرر المؤلف وجاهة التقسيم formes ordinatoires و formes décisoires من الوجهـة النظرية فحسب ولكنه يلاحظ أن النوع الثانى ليس شكلا بالمعنى المفهوم فى الشكل .

القاضى [1] . و بناء على هذا حكم [2] أن جميع ما تقتنيه المرأة اليونانية أثناء زواجها يعتبر مشترى ومدخرامن أموال الزوج ، الا اذا أثبتت المرأة أنها اشترته أو ادخرته من أموالها الخاصة . ويحصل الاثبات هنا عن طريق القرينة التى يقول بها القانون اليونانى الذى يحكم العلائق المالية بين الزوجين ، وهى القرينة المعروفة باسم قرينة موسيانه المقررة بقرار مجلس الشيوخ Senatus Consultum Mucien .
كما أنه حكم أيضا أن تحديد عبء الاثبات يخضع للقانون الانجليزى المتفق على أنه يحكم بوليسة التأمين .

(٢) أن الدليل السابق preuve préconstituée يرجع فيه الى قانون المحل وذلك بالنسبة لطريقة الاثبات وشكلها ، فاذا قام المتعاقدان بتحرير كتابة وفقا للشكل المحلى ، فلهذه الكتابة قوتها وفقا لأحكام هذا القانون ، فان أباح اثبات العكس بطريقة معينة فلا تتبع سواها . ويعتبر الأخذ بقاعدة Locus هنا من قبيل الاستثناء على الأخذ بقانون الموضوع ، ويمكن رد هذا الاستثناء الى حرية العاقدين المقررة أحيانا فى اختيار طريقة الاثبات [3] ، ولكن يشترط أن لا يتعارض ذلك مع القواعد الآمرة فى القانون الذى يحكم الموضوع . فتحديد

---

(١) فاذا أجاز هذا القانون الاثبات بالقرائن المادية اتبع ، وعلى العكس من ذلك اذا كان قانون القاضى هو الذى يبيح الاثبات بالقرائن المادية فلا يؤخذ به . قارن Weiss . ٦٥٣ . وعلى أية حال فمن المقرر وجوب احترام النظام العام فى قانون القاضى .

(٢) ٣١ ديسمبر ١٩٠١ . م . ت . م . ١٤ . ٦٩ وقد أشار اليه أبو هيف بك . ٣٤٥ هذا وكثيرا ما أخذ القضاء بالقرينة التى مبناها أن الزوجة هى المالكة للمنقولات الموجودة فى منزل الزوج . قارن أبو هيف بك ٣٤٦ حيث أشار الى القرينة الاقليمية المقررة فى المادة ٣٧٤ ت . م بالنسبة لزوجة المفلس وبعبارة أدق بالنسبة للعقارات التى اشترتها زوجة المفلس ودخولها فى الروكية .

(٣) قارن Surville . ٦٦٨ — ٦٦٩ وقارن حكم ٣٠ مايو ١٨٩٥ . م . ت . م . ٧ . ٣١٣ . الذى قرر أن القاعدة كانت فى القانون الايطالى قبل سن المجموعة المدنية فى سنة ١٨٦٦ تقضى باختصاص رجال الدين بحفظ سجلات المواليد وكذلك الاقرارات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، فالورقة التى تدل على أن الأم قد اعترفت بولدها غير الشرعى تتمتع بقوتها فى الاثبات وفقا للتشريع الايطالى . وعكس ذلك Valéry ٧٥٦ اذ يقرر وجوب اتباع قانون الموضوع ما عدا شكل الاثبات فيتبع فيه قانون المحل .

قوة الدليل السابق يخضع اذن لقانون الجهة التى تم فيها التصرف ، وقد رأينا فيما مضى أن القضاء الفرنسى أجاز الهبة الحاصلة بعقد عرفى فى الخارج متى تمت وفقا للشكل المحلى . ومن الجهة الأخرى ، اذا اشترط قانون الموضوع تحرير كتابة مثبتة للتصرف اذا زاد قدره عن عشرة جنيهات مثلا ، واكتفى قانون الجهة التى تم فيها هذا التصرف بشهادة الشهود فيؤخذ بأحكام القانون الأخير فى الاثبات ، أى أن قاعدة Locus تتغلب على الأخذ بقانون الموضوع فتبيح الاعفاء من الدليل الذى يتطلبه هذا الأخير . ويقول الكتاب تأييدا لما تقدم أن القاعدة الواردة فى قانون الموضوع مقصورة على التصرفات التى تتم فى داخل حدود الدولة لا خارجها فلا تتبع الأشخاص فى الخارج ولا تعطل اذن مزايا الأخذ بقاعدة Locus[1] .

ومن المتفق عليه أنه اذا كان العقد العرفى محررا فى الخارج فيرجع الى قانون بلد تحريره لمعرفة ما اذا كان يعتبر حجة على الغير أو لا ، وذلك بغض النظر عن ضرورة اشتراط التاريخ الثابت وفقا للمادة ٢٢٨/١٣٢٨ م . ا . ف . لأن فى اكراه الأشخاص على اعطاء محرراتهم تاريخا ثابتا معناه تحميلهم بالشكلين فى وقت واحد ، وهذا أمر غير مرغوب فيه[2] .

(٣) أن الاجراءات المتعلقة بالاثبات ordinatoria litis داخلة ضمن قواعد المرافعات فتخضع لقانون القاضى ، فكيفية سماع الشهود أو الاطلاع على السندات أو اجراءات الطعن بالتزوير ، أو استجواب الخصوم تتبع فيها القواعد المنصوص عليها فى هذا القانون .

ويحدث أحيانا أثناء نظر الدعوى أن يكون القاضى محتاجا فى سبيل تكوين اعتقاده لسماع شاهد موجود فى بلد أجنبى ، أو اجراء معاينة فى بلد آخر

---

(١) راجع مختصر دالوز ٣٥٠ — ٣٥١ .

(٢) وقد دافع Pillet عن رأى آخر مؤداه أن المادة ١٣٢٨ عامة تنطبق على كل المحررات التى تقدم أمام المحاكم الفرنسية انظر مؤلفه ٢ . ٣٠٤ ولكن القضاء الفرنسى يأخذ بالرأى الذى أشرنا اليه فى الصلب .

فكيف يمكن ذلك ؟ جرت العادة أن تطلب المحكمة الوطنية اجراء هـذا العمل من المحكمة الأجنبية الموجود بدائرتها الشخص أو المكان السالف ذكرها ، ويحصل هذا الطلب بالطرق السياسية أى بوساطة وزارة الخارجية ، ومحاكم البلاد الأخرى تقوم بهذه الانابة القضائية [1] من باب المجاملة المتبادلة ، الا اذا وجدت معاهدة قاضية بذلك فتقوم بها عن طريق الالزام . ومما لا شك فيه أن المحكمة المصرية ليست ملزمة بالأخذ بنتائج الانابة ، ولو قال القانون الأجنبي بعكس ذلك . ونظرا لأهمية الانابة القضائية نظمتها اتفاقية لاهاى المعقودة فى ١٧ يوليه سنة ١٩٠٥ فلم تجزها فى الأحوال التى يكون تنفيذها مؤديا الى الاعتداء على سيادة الدولة أو الأمن فيها ، أو اذا كان موضوع الانابة غير داخل فى اختصاص السلطة القضائية فى الدولة الأجنبية ، وكذلك اذا كانت الوثيقة المتعلق بها موضوع الانابة ثابتة ثبوتا رسميا من أول الأمر [2] .

---

(١) ويطلق عليها باللغة الفرنسية lettre ou commission rogatoire . وفى انجلترا وأمريكا يفضلون ارسـال قاض أو موظف خاص للقيام باستجواب الشهود الموجودين فى البلد الأجنبى وكثيرا ما يحدث أن يكلفوا قناصلهم بالقيام بهذه المهمة . ولا شك أن فى هذا التصرف اعتداء على سلطان الدولة الأجنبية ، ولذلك أثار الاعتراض فى كثير من الأحيـان . وعلى العموم فان اتباع الطريقة الانجليزية غير منتج الا فى الأحوال التى يقبل فيها الشاهد الادلاء بمعلومات . انظر Clunet . ١٩٠٧ . ١٠٥٢ . والمجلة ١٩١١ . ١٩٨ . وظاهر أن الانابة القضائية أكثر تناسقا مع مبادىء القانون الدولى العـام وبها ضمانات أكثر اذ الشهود مجبرون على الحضور ، ولذا ارتأت بعض التشريعات أن تنظم أحوال الانابة القضائية بنصوص خاصة كما هى الحـال فى التشريع الهولنـدى ١٨٦١ والتشريع السويدى ١٨٩٩ . أما فى مصر فلا توجـد نصوص تشريعية منظمة لهذه العملية وكل هذا لا ينفى احتمال الأخذ بها بالنسبة للمحاكم الأجنبية كما يؤخذ بها بالنسبة للمحاكم المصرية فى الداخل . قارن Surville . ٦٧١ وكتاب الأستاذ رياض ٢٥٦ حيث تجد اشارة لأحكام أخذت بالانابة القضائية مشترطة أن يكون موضوعها محددا تحـديدا دقيقا . Valéry . ٧٦٦ حيث يشير الى سلطة القناصل الفرنسيين فى بلاد الامتيازات .

(٢) وتجـد نصوص الاتفاق منشورة فى مؤلف Weiss . ٦٥٥ — ٦٥٦ و Surville . ٦٧٤ .

وعلى أية حال فانه يؤخذ بفكرة النظام العام أيضا فى نطاق الاثبات بمعنى أنه لا يمكن أن تقبل أمام المحاكم الوطنية طريقة فى الاثبات لا يقرها التشريع الوطنى كالمبارزة القضائية مثلا [1]، كما أنه يشترط فى كل مستند أجنبى أن يكون مصدقا على الامضاءات فيه بالطرق العامة المعتادة حتى يمكن الأخذ به أمام المحاكم الوطنية .

٣٦٦ — فاذا صدر حكم من المحكمة المصرية ، فان القانون المصرى هو الذى يحدد الآثار المترتبة على هذا الحكم من حيث حجته ونفاذه . وقوة الحكم السالفة مقررة بالنسبة لمنطوقة دون حيثياته طبقا للقواعد المقررة فى التشريع المصرى، ويلزم اتباعها فى مصر دون غيرها ، وذلك بصرف النظر عن قانون جنسية الأخصام الذى يقول بأن للأحكام قوة مطلقة . ولا يعنى ذلك مطلقا أن الأحكام المصرية تقف فى قوتها عند الحدود المصرية ، حتى اذا لم يكن للمحكوم ضده أموال فى مصر فانها تصبح عارية عن التنفيذ ، بل على العكس من ذلك فان الأحكام المصرية قد ترى التنفيذ فى الخارج أخذ بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، وتحقيقا للعدالة وللتضامن الدولى . فمن المعقول اذن أن توضع عليها الصيغة التنفيذية وفقا لأحكام تشريع البلد المراد تنفيذها فيه ، كما أنه من الممكن على هذا الأساس تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر ، وهذا ما سنعرض له حالا .

(١) انظر Valéry ٧٥٥ .

الفصل الثالث

فى

آثار الأحكام والسندات الأجنبية

تمهيد

٣٦٧ — قد ترفع المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، بصفة غير مباشرة الى المحاكم المصرية ، وذلك بعد صدور الحكم بشأنها من محكمة أجنبية تكون قد اختصت بنظرها بصفة مباشرة ، فما هى آثار الحكم الأجنبي فى داخل الحدود المصرية ؟ أجابت عن ذلك المادتان ٤٦٨ مرافعات مختلط ، و ٤٠٧ مرافعات أهلى . الأولى ، بقولها « الأحكام الصادرة فى البلاد الأجنبية من محاكم أجنبية تكون نافذة فى الديار المصرية بمجرد صدور أمر من رئيس المحكمة بشرط التبادل » . والثانية فى قولها « أحكام المحاكم الأجنبية تصير نافذة فى مصر بنفس الشروط ومع مراعاة نفس الاجراءات المطلوبة فى الأحوال المشابهة فى قوانين البلاد التى صدرت بها تلك الأحكام » . والترجمة العربية الرسمية للنصين السالفين مملوءة بالأغلاط ، لذلك أخذنا الترجمة التى وضعها المرحوم أبو هيف بك [1] ،

---

(١) انظر مؤلفه ٣٩٣ و ٣٩٤ هامش (١) والنص الفرنسى محرر على الوجه الآتى :

Les jugements rendus à l'étranger, par un tribunal étranger, seront exécutoires en Egypte, sur simple ordonnance du président du tribunal à charge de réciprocité, 468. pr. M :

Les jugements des tribunaux étrangers seront rendus exécutoires en Egypte sous les mêmes conditions et avec les mêmes formalités qui sont éxigées, dans les cas analogues, par les lois du pays où ces jugements ont été prononcés 407 Pr. In.

ونوجه الأنظار الى أن المشرع المصرى قد استفاد من النقد الذى وجه الى المشرع الفرنسى وموضوعه أن المادة ٥٤٦ . مر . ف قررت أن الأحكام الصادرة فى بلاد أجنبية .... الخ . ومعلوم أن الحكم قد يصدر أحيانا فى بلد أجنبي ولكن من محكمة فرنسية كما هى الحال فى بلاد =

وظاهر أن المادتين السالفتين لم تتعرضا الا لتنفيذ الأحكام الأجنبية [١]، ومن المعلوم أن للأحكام آثارا أخرى أهمها حجة الشيء المحكوم فيه ، فهل تتمتع الأحكام الأجنبية بها أيضا [٢] أو لا ؟ كما أنه يوجد بجانب الأحكام الأجنبية السندات الأجنبية وكذلك أحكام المحكمين .

ازاء ما تقدم يجب تقسيم البحث هنا الى قسمين . الأول خاص بتنفيذ الأحكام الأجنبية وما يلحق بها . والثانى خاص بالآثار الأخرى للأحكام الأجنبية وما يلحق بها .

ولما كانت مصر قد عقدت اتفاقات بشأن تنفيذ بعض الأحكام الأجنبية فانه لا مناص من أفراد بحث خاص بهذا التنظيم الاتفاقى .

= الامتيازات أو بلاد الحماية أو اذا وجدت حالة الحرب من شأنها ايجاد محاكم فرنسية فى البلاد المحتلة . فالثابت أن هذه الأحكام لا تعتبر أجنبية لمجرد صدورها فى بلد أجنبي فلا داعى اذن لوضع الأمر بالتنفيذ عليها . ازاء ما تقدم أضاف المشرع المصرى عبارة « محكمة أجنبية » فتفادى النقد السالف . راجع Valéry ٧٨٤ .

(١) ولا شك فى أن السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية متناقض مع سلطان الدولة وسيادتها ، اذ أن الفصل فى الخصومات من اختصاص المحاكم الوطنية دون غيرها فكيف يسمح بتنفيذ حكم أجنبي بأن تقرر له قوته خارج حدود البلد الذى صدر فيها . هذا هو المبدأ من الوجهة النظرية البحتة ، أما من الوجهة العملية فان الدول رأت أن مصلحتها فى الاعتراف بأحكام بعضها البعض بقيود وشروط خاصة يحددها تشريع كل دولة ، فاذا فصلت محكمة أجنبية فى نزاع فانه لا داعى لاعادة النظر فى النزاع من جديد . وهكذا تتداول الأحكام بين مختلف الدول ، فالأحكام الوطنية تنفذ أحيانا فى الخارج وكذلك فان الأحكام الأجنبية تنفذ فى الداخل احتراما لقوة الشىء المحكوم به وتقريرا للطمأنينة على المراكز القانونية المكتسبة قارن Messina ٢٠ . ١٢٨ — ١٣١ وقارن مختصر دالوز ٣٢٣ — ٣٢٦ حيث أشار الى أهمية التضامن بين الدول فى سبيل تحقيق العدالة وكذلك Valéry ٧٧٦ حيث أشار الى مبدأ وجوب احترام الحقوق المكتسبة . ويقرر الأستاذ Bartin أن الاعتراف بآثار الحكم فى خارج بلده أساسه ارادة المشرع فى البلد الأجنبي لا قوة الحكم فى ذاته ، وأن التزام المشرع هذا انما يقوم على أن دولته عضو فى الجماعة الدولية . مؤلفه . ١ . ٤٦٢ .

(٢) قارن Valéry . ٧٧٧ وكذلك بعده .

المبحث الأول

فى

تنفيذ الأحكام الأجنبية [١] وما يلحق بها

٣٦٨ — ويجب أن نبدأ أولا بتحديد معنى الحكم ثم نتكلم فى تنفيذه بعد ذلك وهاك البيان :

الحكم ، على العموم ، عمل صادر من السلطة المختصة مظهر للحق المدعى به وواجب التنفيذ فيما يقضى به بالقوة الجبرية عند اللزوم [٢] .

وبالتأمل فى هذا التعريف يرى أنه يشترط فى الحكم الأجنبي أن يكون له شكل الحكم [٣] . ومحاكم بلد التنفيذ ، أى المحاكم المصرية هنا هى التى تفصل فى ذلك لأن المسألة متعلقة بالتكييف .

كما يشترط أن يكون الحكم قضائيا أى صادرا من القاضى الأجنبي بناء على ولايته القضائية ، وفاصلا فى ادعاآت متضادة . فاذا كان الحكم صادرا بناء على ولايته الادارية فانه يعتبر حكما من حيث الشكل فقط ، ولذلك قام الخلاف على امكان تنفيذه فى الخارج . فقال الأستاذ Bartin بعدم امكان ذلك بناء على السبب السالف الذكر ، ولكن القضاء فى فرنسا وفى مصر يخالفه و يبيح تنفيذها عن طريق اعطاء الأمر بالتنفيذ عليها exequatur فى بعض الأحيان ، وفى البعض الآخر بدون حاجة الى وضع هذا الأمر . و يتلخص فيصل التفرقة فى بحث ما اذا كان تنفيذ هذا الحكم محتاجا الى عمل تنفيذى أو لا . فان كان الأول،

---

(١) وهذه المسألة من الأهمية بمكان فى العمل ، والأحكام بشأنها كثيرة ، ومع ذلك فانه من الصعب استخلاص المبادىء المتبعة فى مصر بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية ، وذلك نظرا للصعوبات التى سنعالجها فى هذا المبحث .

(٢) قارن هذا التعريف بما قرره الأستاذ Bartin . ١ . ٤٦٣ .

(٣) وهناك بعض تشريعات تعتبر الأحكام فى مقام العقود كالتشريع الهولندى .

كالحكم الصادر بتسليم طفل ، أو أموال القاصر الموجودة فى بلد أجنبي فلا بد من وضع أمر التنفيذ ، أما اذا اقتصر الأمر على مجرد التصريح لوصى بالنيابة عن القاصر أمام مجلس القضاء ، فان مثل هـذا الحـكم يعمل بمقتضاه دون حاجة الى أمر بالتنفيذ . والخلاف السالف قائم بالنسبة للأحكام التمهيدية والتحضيرية والوقتية [١] .

ولقد اعتبر القضاء الأوامر على العرائض ملحقة بالأحكام وأجاز تنفيذها عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها [٢] .

ويجب أن يـكون الحـكم الأجنبي صادرا من محاكم أجنبية تعتمد على سيادة أجنبية . و يتبين ذلك من مراجعة المادة ٤٦٨ مرافعات مختلط لأنها تشترط أن يكون الحـكم صادرا من محكمة أجنبية فى بلد أجنبي ، وعلى هـذا الأساس لاتعتبر أحكام المحاكم القنصلية أحكاما أجنبية رغم صدورها باسم سلطان أجنبي !! لأنها ليست صادرة فى الخارج بل صادرة فى مصر بطريق الانابة délégation من الحاكم الشرعى للبلاد [٣] !! فتنفذ عن طريق وضع الصيغة التنفيذية عليها

---

(١) والواقع أنه لا يمكن تصور طلب تنفيذ حكم فى غير بلاده اذا كان هذا الحـكم بطبيعته لا يقبل التنفيذ فى بلده الأصلى كما هى الحال فى غالبية الأحكام الصادرة بناء على الولاية الادارية وكذلك الأحكام الصادرة فى مسائل الحالة والأهلية . قارن Valéry . ٧٨٥ حيث يقرر أن هذه الأحكام لا تقرر عادة الزاما Condamnation على أن الأسـتاذ يعترف بضرورة الأمر بالتنفيذ فى الحالات التى يوجد فيها الزاما كما اذا كان الحـكم يقضى بالمصاريف على أحد الطرفين أو ملزم برد أشياء داخلة فى نطاق التركة مثلا . وهذا الرأى مأخوذ به فى مصر : انظر ٣١ مارس ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٣١٠ ومؤلف Messina . ٢ . ١٣٧ . ولا شك فى أن تـكييف الحـكم لاعتباره قضائيا أو اداريا يرجع فيه لقانون القاضى وفقا للمبادىء العـامة . راجع Bartin . ١ . ٤٧٤ .

(٢) راجع حكم ٢٧ ابريل ١٩٣٣ . م . ت . م . ٤٦ . ٢٥٦ وتعليقنا عليه باللغة الفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة ٢٤٧ — ٢٥٣ .

(٣) قارن Messina . ٢ . ١٣٩ حيث يقرر ضرورة اتباع هذا المسلك لأننا لو اعتبرنا أحكام المحاكم القنصلية كأنها أحكام أجنبية !! فان القول بذلك يتنافى مع تقرير هذه القوة =

من قلم كتاب المحكمة المختلطة .

كما لا تعتبر أيضا الأحكام الاستئنافية لأحكام المحاكم القنصلية أحكاما أجنبية بالمعنى السالف وان كانت صادرة من محاكم موجودة فى الخارج (محكمة إكس بفرنسا وانكونا بايطاليا الخ) . وعلى عكس ماتقدم فان الأحكام السودانية تعتبر أحكاما أجنبية بعد انفصال مصر عن السودان باتفاقية سنة ١٨٩٩ ، وتأكيدا لذلك عقدت مصر اتفاقا مع السودان فى سنة ١٩٠٢ خاصا بتنفيذ الأحكام المصرية فى السودان .

وتعتبر أحكام المحاكم المختلطة أحكاما أجنبية فى البلاد الأجنبية وذلك

= التنفيذية لها . ولكن مع ذلك فقد وجد من قال بالرأى العكسى ومنهم Laonanna فى مقاله المنشور فى الجازيت ١٩١٢ . ١٣٦ . وأساس هذا الرأى أن الأحكام القنصلية قد تتنافى مع النظام العام المصرى فلا يمكن السماح بتنفيذها على الأراضى المصرية رغم هذه المنافاة . ونحن نؤيد هذا الرأى ونضيف الى حجته أن هذه الأحكام القنصلية تصدر باسم صاحب السلطان الأجنبي فلا مناص اذن من اعتبارها أحكاما أجنبية ولا بد أن تعامل نفس المعاملة . ولكن يمنع من الأخذ بهذا الرأى أن المشرع المصرى استلزم صدور الحكم الأجنبى فى بلد أجنبي أما هنا فالحكم صادر فى مصر وهذه هى العلة فى عدم نجاح الرأى الذى نؤيده ، ويرى الأستاذ Messina ضرورة تنفيذ الأحكام القنصلية احتراما لأحكام الامتيازات . راجع مؤلفه . ٢ . ١٤٠ هامش (١) وحكم ٣ ابريل ١٩١٢ . ٢٤ . ٢٤٩ والمواد ١١٧ — ١٢١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . والواقع أنه يمكن القول بأن اختصاص المحاكم القنصلية أساسه قواعد الاختصاص العام المصرية .

ويقرر الأستاذ Messina ضرورة اتباع المبادىء السالفة بالنسبة لأحكام المجالس الطائفية لغير المسلمين ولا نرى محلا للتشبيه لأن هذه المجالس مصرية قبل كل شىء ، قارن مؤلفه . ٢ . ١٤٣ .

وعلى العكس مما تقدم فان أحكام هذه المجالس تعتبر أحكاما أجنبية فى الخارج اذا ما أريد تنفيذها فى بلد أجنبي ، فصدورها من هيئة ذات صبغة دينية لايمنع من تنفيذها ما دامت واجبة التنفيذ فى بلدها الأصلى راجع Bartin . ١ . ٤٦٨ حيث أشار للأحكام التى كانت تصدرها بعض هذه الهيئات فى روسيا القديمة .

رغم وجود قضاة يمثلون تلك البلاد فيها ، ورغم صبغتها الدولية [١] .

كما يشترط فى النهاية أن يكون الحكم فاصلا فى نزاع متعلق بالقانون الخاص لا القانون العام [٢] . فاذا كان الحكم الأجنبى قاضيا بغرامة كعقوبة جنائية أو مالية فانه لاينفذ فى مصر لما فىذلك من اعتداء على سيادةالبلاد [٣] .

---

(١) قارن Valéry . ٧٨٥ الذى يقرر أن أحكام المحاكم المختلطة فى مصر تعتبر أحكاما أجنبية فلا بد من الحصول على أمر بالتنفيذ لامكان تنفيذها فى فرنسا . وحجته فى ذلك أن هذه الأحكام وأشباهها لم تصدر باسم صاحب السلطان فى فرنسا أى باسم الشعب الفرنسى . وراجع أيضا Bartin . ٤٦٤ — ٤٦٥ حيث أشار الى احتمال تشبيه أحكام المحاكم المختلطة بأحكام الدول المتعاهدة مع فرنسا بمعاهدات خاصة بتنفيذ أحكامها traité de juridiction انظر نفس المؤلف ٥٢٩ — ٥٤٣ . هذا وقد زعم البعض أن الأحكام الصادرة من محاكم الدول صاحبات الامتياز تنفذ فى مصر دون حاجة لوضع الأمر بالتنفيذ عليها لأن هذه الدول وقد ضمنت لرعاياها معاملة خاصة بموجب معاهدات الامتيازات فلا يعقل مطلقا أن تقبل القيود الواردة فى المادة ٤٦٨ مر . م على أن هذا الرأى لم يصادف نجاحا فى العمل فتطبق المادة على كل الأحكام الأجنبية دون تمييز فيها قارن ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ . ٩ . ٨٥ .

(٢) ولا يهم وصف الهيئة الصادر منها الحكم فقد توصف هذه الهيئة حسب التشريع الأجنبى بأنها هيئة ادارية ، وكذلك قد يصدر الحكم من المحاكم الجنائية عند فصلها بطريقة تبعية فى دعوى المدعى المدنى ، فلا مانع اذن من تنفيذ هذا الحكم فى شطره المدنى . قارن Bartin . ١ . ٤٧٧ — ٤٨٦ . ما دام الحكم فاصلا فى نزاع خاص .

(٣) ويلاحظ أن وجود الامتيازات يعطل كثيرا من هذا الشرط اذ الأحكام القنصلية الصادرة فى مثل هذه الموضوعات تنفذ بمجرد وضع الصيغة التنفيذية عليها وبدون أية رقابة فى مصر وفى الخارج . أما اذا كان الحكم الصادر بغرامة مالية أصدرته محكمة خارج مصر فانه لا ينفذ فى مصر ولو كانت الدولة الصادر من محاكمها الحكم من الدول صاحبات الامتياز ، ولا شك فى غرابة هذا المركز !!

وغنى عن البيان أنه اذا صدر حكم مماثل من محاكم دولة غير ممتازة فلا محل مطلقا لتنفيذه فى مصر ، فاذا توفى أحد رعايا دولة تشيكوسلوفاكيا فى مصر تاركا ثروة منقولة ، وأرادت قنصليته أن تضع يدها على هذه الثروة رغبة منها فى تحصيل ضريبة الميراث وذلك عن طريق تعيين حارس قضائى على هذه التركة يقتضى حكم صادر من محكمة تشيكوسلوفاكية فان هذا الحكم لا ينفذ فى مصر لأنه يقصد به فى الواقع تحصيل الضريبة المالية ، أى أنه صادر فى مسألة متعلقة بالقانون العام . وهذا ما قضت به محكمة مصر المختلطة فى حكم أخير منشور فى Clunet . ١٩٣٥ . ١٠٧١ .

٣٦٩ — فاذا ثبت وجود الصفات المتقدمة فى الحكم الأجنبى ، فانه يصح تنفيذه ، وذلك عن طريق وضع الأمر بالتنفيذ عليه .

ولا يمكن وضع الأمر بالتنفيذ فى مصر على الحكم الأجنبى الا بشرط التبادل . وتحقق هذا الشرط وحده غير كاف ، اذ لا بد من توافر شروط أخرى فى ذاتية الحكم . وتعتبر الشروط الأخيرة أقل ما يمكن minimum أن يشترط للسماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية ، وتوفرها وحدها لا يكفى للسماح بالتنفيذ بل يلزم أن يكون وجودها مقارنا لوجود التبادل . ولما كان تحديد معنى التبادل عسيرا رأينا أن نبدأ أولا ببيان هذه الشروط اللازمة دائما لوضع الأمر بالتنفيذ ، والتى لا يغنى عنها التبادل كما أنها لا تغنى بدورها عنه ، ونلخصها فيما يلى :

أولا : أن يكون الحكم الأجنبى واجب التنفيذ فى بلاده : اذ ليس من المعقول أن ينفذ الحكم فى مصر بينما يكون عاطلا عن التنفيذ فى بلده الأصلى ، لهذا كان من اللازم بحسب الأصل أن يكون الحكم نهائيا ، فان كان الحكم قابلا للطعن باحدى الطرق العادية فانه لا ينفذ ، بخلاف ما اذا كان قابلا للطعن باحدى الطرق غير العادية . ولكن يحصل أحيانا أن تجيز بعض التشريعات تنفيذ الحكم القابل للطعن باحدى الطرق العادية فهل يمكن فى هذه الحالة تنفيذه فى مصر ؟ ترفض المحاكم المختلطة عادة اعطاء الأمر بالتنفيذ فى هذه الحالة ، كما ترفضه أيضا فى حالة ما اذا كان الحكم الابتدائى مشمولا بالنفاذ المعجل ، كل ذلك رغبة منها فى التحرز ضد المفاجئات واحتمال تعديل الحكم[1] .

---

(١) قارن مع ذلك ١٣ نوفبر ١٨٨٩ . م . ت . م . ٢٠ . ٩ وقضى بجواز التنفيذ . على أن رفض هذا الطلب لا يمنع مطلقا من أن السماح بتنفيذ الحكم الأجنبى أساسه فى الواقع التشبيه بينه وبين الحكم الوطنى فى المعاملة ، وقد يبيح التشريع الوطنى تنفيذ الأحكام الابتدائية المشمولة بالنفاذ المعجل . فالمحاكم التى تأخذ بالرأى العكسى لا تقول اذن بالتشبيه الكامل بين الحكم الأجنبى والحكم الوطنى راجع حكم محكمة اسكندرية المختلطة ٣٠ يونيه ١٩٢١ . جازيت . ٣٢ . ٤٠ و ٢٣ مايو ١٩٠٧ . ١٩ . ٢٧٥ والأحكام الأخرى التى أشرنا اليها فى مقالنا . ٢٥١ هامش (١) ومؤلف Messina . ٢ . ١٤٥ — ١٤٧ والأحكام التى أشار اليها .

على أن جانبا كبيرا من رجال الفقه يبيح اعطاء الأمر بالتنفيذ فى هذه الأحوال، حتى اذا تعدل الحكم الابتدائى جاز استصدار أمر بالتنفيذ معدل للأمر الأول(١).

ثانيا — أن يكون الحكم صادرا من محكمة مختصة : وتحديد الاختصاص هنا مرجعه القانون المصرى ، أى أنه يجب أن تقر قواعد الاختصاص العام غير المباشر المصرية المحكمة الأجنبية على اختصاصها ، فلا يكفى أن تكون هذه المحكمة مختصة وفقا لتشريعها الخاص بها(٢) . وتطبيقا على ذلك رفضت المحاكم المختلطة اعتبار المحاكم الفرنسية مختصة عملا بالمادة ١٤ مدنى فرنسى التى تجيز للمدعى أن يرفع دعواه على الأجنبى أمام المحاكم الفرنسية فى أية جهة كان هذا الأجنبى ، ومع ذلك فهنالك أحكام مختلطة أخرى اكتفت بأن تكون المحكمة الأجنبية مختصة وفقا لتشريعها(٣) . وعلى أية حال فالرأى الأول هو

---

(١) قارن Bartin . ١ . ٥٨٩ وما بعدها حيث يبين المضار والتعقيدات والخلافات التى نشأت عن السماح بتنفيذ هذا النوع من الأحكام .

(٢) ويترتب على ذلك أنه فى كل مرة تكون المحاكم المصرية هى المختصة بموجب قواعد الاختصاص العام المصرية فان المحكمة الأجنبية لا تعتبر مختصة لأن الاعتراف باختصاص هذه الأخيرة معناه الاعتداء على السيادة القضائية المصرية ، أو بعبارة أخرى فان قواعد الاختصاص العام المصرية المباشرة تحوى من طريق عكسى قواعد الاختصاص العام المصرية غير المباشرة اذ أن اختصاص المحاكم الأجنبية يتحدد بالأحوال التى لا تختص فيها المحاكم المصرية خصوصا اذا لاحظنا أن اختصاص المحاكم المختلطة قد تحدد بموجب اتفاقات دولية . وبهذه المناسبة نشير الى أن مواد الاختصاص العام فى أية دولة يمكن أن تقيد بموجب المعاهدات الدولية التى تعقد بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية قارن Bartin . ١ . ٥٤٨ — ٥٦٤ . كما أنها تتقيد أيضا بخضوع صاحب المصلحة للمحاكم الأجنبية ولو أنها فى الأصل غير مختصة بالنسبة لها . نفس المرجع ٥٥٦ وقارن ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ . م . ت . م . ٩ . ٨٣ .

(٣) راجع بحثنا السابق الاشارة اليه ٢٥١ وكذلك ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ م . ت . م . ٣٦ . ١٠١ حيث اعترف للاختصاص للمحاكم الايطالية باعتبارها محكمة محل العقد مع أن مصر هى بلد التنفيذ . وانظر أيضا ١٨ يناير ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٥ . ١٥٨ . والواقع أن بعض الأحكام المختلطة يميل الى الاعتراف بوجود اختصاص مشترك بينه وبين المحاكم الأجنبية اذا قضت بذلك المبادىء العامة فى الاختصاص العام .

الأوفق ، وذلك لأن قواعد الاختصاص العام متعلقة بالسيادة ، فلا يمكن السماح بتنفيذ حكم صادر من محكمة أجنبية مع أنها لا تملك الاختصاص بشأنه [١] .

فاذا ثبت الاختصاص على الوجه السالف ، فهل يشترط أيضا التحقق من الاختصاص الخاص ؟ لا شك فى أن التحقق من الاختصاص الخاص انما يتم وفقا للقانون الأجنبى لأن المسألة متعلقة بالمرافعات فتخضع لقانون القاضى . وقد حكمت المحاكم المختلطة بأن الحكم الصادر من محكمة غير مختصة من الوجهة الخاصة يمكن تنفيذه فى مصر لأن الدفع بعدم الاختصاص كان من الممكن تقديمه أمام المحكمة الأجنبية ، ولكنها استثنت حالة ما اذا كان الحكم غيابيا [٢] .

ثالثا — أن تكون الاجراءات السابقة على الحكم صحيحة : وتقدير صحة هذه الاجراءات يرجع فيه الى القانون الأجنبى ، فشكل اعلان الدعوى يرجع فى صحته الى هذا القانون ، بخلاف البيانات الموضوعية التى تحويها صحيفة الدعوى فيرجع فيها للقانون الذى يحكم العلاقة القانونية موضوعيا . ولا يشترط فى الحكم أن يكون مسببا اذا كان قانون المحكمة الأجنبية لا يستلزم ذلك ، ويصح أن يكون غيابيا بشرط أن يرد فيه ما يدل على ذلك ، مع التقرير بحصول الاعلان على الوجه الصحيح منعا للغش والتواطؤ واحتراما لحرية الدفاع . فالحكم الصادر بناء على أعمال غش صدرت من المدعى أو من غيره لا يمكن السماح بتنفيذه [٣] . وعلى أية حال فانه يشترط تقديم نسخة الحكم الأصلية أو

---

(١) ويعترف عادة لهذه المحاكم بالاختصاص اذا ما كان النزاع بين أجانب ، ولكن يصعب الاعتراف لها بالاختصاص اذا كان أحد الطرفين وطنيا ، اذ يغلب هنا أن يكون الاختصاص العام للمحاكم الوطنية ومعنى ذلك كما رأينا استبعاد اختصاص المحاكم الأجنبية فى داخل القيود التى أشرنا اليها .

(٢) انظر . أبو هيف بك ٤٠٥ والأحكام التى أشار اليها . وقارن ذلك بالرأى الذى قال به الدكتور الزينى فى مذكراته . ١٢٤ .

(٣) ويعتبر البعض هذا الحكم مخالفا للنظام العام فى هذه الأحوال الأخيرة ٢٧ ابريل ١٩١١ . ٢٣ . ٢٨٩ . قارن ابو هيف بك ٤٠٠ هامش (١٥) وكذلك الزينى ، مذكرات . ١٣٠ — ١٣٢ .

صورة رسمية له على الأقل [١] .

رابعا — أن يكون الحكم قد طبق القانون المختص : وهذا الشرط على خلاف الشروط السابقة متعلق بالموضوع ، فكما أنه لا يكفى أن يكون القاضى الأجنبى مختصا وفقا لقانونه [٢] فقط يجب أيضا أن يكون قد طبق على النزاع نفس القانون الذى تقول به قواعد تنازع القوانين المصرية ، فالعلاقة وثيقة بين قواعد الاختصاص العام وقواعد تنازع القوانين [٣] . فاذا كانت قواعد تنازع القوانين واحدة فى البلدين فلا صعوبة ، أما اذا كانت مختلفة وطبق القاضى الأجنبى القانون الذى تقول به قواعد تنازع القوانين الأجنبية فلا يمكن تنفيذ حكمه فى مصر لما يكون فى ذلك من اعتداء على سيادة الدولة بتنفيذ حكم مفروض عدم عدالته لتطبيقه قانونا يخالف ما تقول به قواعد الاسناد المصرية .

خامسا — أن لا يكون الحكم الأجنبى مخالفا للنظام العام فى مصر : اذ يحصل أحيانا أنه رغم توافر الاختصاص للقاضى الأجنبى وتطبيقه للقانون الذى تقول به قواعد تنازع القوانين المصرية ، أن يأتى حكمه مخالفا للنظام العام فى

---

(١) راجع مسينا . ٢ . ١٤٣ حيث أشار الى حكم صادر فى ١٥ يونيه ١٩٢١ . م . ت . م ٣٣ . ٤٠٠ وفيه اعترض على تنفيذ حكم انجليزى صادر من المحكمه العليا بدعوى أنه مختصر فى منطوقه ، ولكن محكمة الاستئناف رفضت الأخذ بهذا الدفع مقررة أن تحريره على هذا الشكل خاضع للقانون الانجليزى وفقا لقاعدة Locus .

(٢) انظر مع ذلك أخيرا ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ . م . ت . م . ٤٧ . ٧١ وقد اكتفى بالاختصاص وفقا لقانون المحكمة التى أصدرت الحكم وعكس ذلك ١٠ يناير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٢٦ . ١٤٣ .

(٣) قارن Bartin . ١ . ٥٧٣ وعلى الأخص ٥٧٨ حيث يشير الى أن مراقبة استيفاء هذا الشرط من شأنها أن تعطى القاضى الفرنسى الحق فى تكييف موضوع النزاع وفقا للقانون الفرنسى . وكذلك يستلزم الأستاذ ضرورة مراعاة أحكام قواعد تنازع القوانين الفرنسية فى حالة تنازع القوانين المتغير Conflit mobile أى تتبع نفس القواعد التى يقول بها القضاء فى فرنسا نفس المرجع ٥٨٠ .

مصر [1] . ومن المعلوم أن تطبيق القانون الأجنبي في مصر بمعرفة المحاكم المصرية مقيد بعدم مخالفته للنظام العام المصري ، وتطبيقا على ذلك اذا تعاقد شخصان أحدهما مصري على استيراد أسلحة في مصر خفية وعلى أن تكون هذه العلاقة محكومة بقانون أجنبي اختاره المتعاقدان ، من شأنه أن يعتبر هذا الاتفاق مشروعا فان صدور حكم من محكمة أجنبية بالزام أحدهما بدفع مبالغ معينة نظير الاستيراد لا يمكن تنفيذه في مصر ، وذلك لأن الالزام الذي يقول به مخالف للنظام العام في مصر رغم تطبيق قانون تجيزه قواعد الاسناد المصرية . كما أنه لو كان هذا النزاع قد رفع بطريقة مباشرة أمام المحاكم المصرية لقضت ببطلان الاتفاق احتراما للنظام العام المصري . وقررت المحاكم المختلطة أيضا أنه يعتبر مخالفا للنظام العام تنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم مصري سابق عليه [2] ، كما اعتبرت أيضا أن الحكم الصادر باسم ملك الدولة المحتلة غير قابل للتنفيذ للسبب عينه . وظاهر أن هذا الحكم لا يعتبر أجنبيا بالمعنى الذي قدمناه اذ أنه ليس صادرا باسم صاحب السلطان الشرعي فلا يمكن تنفيذه من أول الأمر ، فلا داعي هنا للاستعانة بفكرة النظام العام [3].

ويجب الرجوع الى التاريخ المطلوب فيه تنفيذ الحكم لا الى تاريخ صدوره

---

(١) فالحكم الصادر من محكمة ألمانية بالزام والد بدفع نفقة لولده الطبيعي لا ينفذ لمخالفته للنظام العام ٤ يونيه سنة ١٩٣٤ جازيت ٢٤ — ٣٤٢ وكذلك ١٠ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ١٤٣ وهو خاص بتنفيذ الأحكام الفرنسية في مصر وقرر وجوب مراجعتها من حيث الموضوع .

(٢) مسينا . ٢ . ١٤٩ وحكم ٢٧ يناير ١٨٩٥ . م . ت . م . ١٠ . ١١٧ وكذلك ٢٧ مايو ١٩٠٥ . م . ت . م . ١٨ . ٣٣٨ وأبو هيف بك ٤٠١ والأحكام التي أشار اليها هامش (١٧) وكذلك الأستاذ الزيني في مذكراته ١٢٦ — ١٢٧ Pillet-Niboyet . ١٣٣ .

(٣) انظر أبو هيف بك ٤٠٣ والأحكام التي أشار اليها وهي حكم محكمة المنصورة الابتدائية ٢٢ يونيه ١٩١٣ . جازيت . ٣ . ١٧٧ وحكم محكمة اسكندرية ١٥ سبتمبر ١٩١٣ . جازيت ٣ . ٢٢٤ .

لمعرفة ما اذا كان مخالفا للنظام العام أو لا (١) . وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية والانجليزية أن الحكم الأجنبى يعتبر مخالفا للنظام العام اذا لم تحترم فيه حرية الدفاع . وكذلك تعطى المحاكم نفسها حق مراجعة الحكم برمته أى حيثياته ومنطوقه ، للوقوف على ما يكون فيها مخالفا للنظام العام ، وبناء على ذلك رفضت المحاكم الفرنسية اعطاء الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبى حوى فى حيثياته طعنا وتشهيرا بالفرنسيات (٢) .

٣٧٠ — ولكن على من يقع عبء اثبات توفر الشروط الخارجية المتقدمة ؟ اختلفت فى ذلك الآراء ، والراجح أن على طالب التنفيذ أن يثبت توفرها ، لأن الحكم الأجنبى فى ذاته ليس له أى أثر فى مصر قبل الحصول على الأمر بالتنفيذ ، فطلب هذا الأمر يقصد به ادخال تغيير على الحالة السابقة Statu quo ante فيتحمل الطالب عبء اثبات الحالة الجديدة .

٣٧١ — وتقرر المادة ٤٦٨ مر . م أن رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص بمنح الأمر بالتنفيذ . والحكم الوارد فى هذه المادة مخالف لما هو متبع فى التشريعات التى نقل عنها المشرع المصرى تشريعه ، اذ أن الاختصاص مقرر فى فرنسا للمحكمة الابتدائية ، وفى ايطاليا يطلب الأمر بالتنفيذ من احدى محاكم الاستئناف .

وما قدمنا خاص بالاختصاص الموضوعى ، أما بالنسبة للاختصاص المركزى ، فقد قام الخلاف حول تعيين المحكمة التى يرفع الى رئيسها الطلب ، وهل هى محكمة محل المدعى عليه أو محكمة جهة التنفيذ أو محكمة محل اقامة المدعى . ويقول الرأى الغالب برفع الطلب الى محكمة محل اقامة المدعى عليه ، فان لم يكن

(١) انظر Pillet-Niboyet . ٩٣٥ والأحكام التى أشار اليها فى نبذة ٨٣٦ .

(٢) والحكم صادر من محكمة المانية ورفض تنفيذه فى فرنسا بمقتضى حكم محكمة السين الصادر فى ٢٣ نوفمبر ١٩٢٢ . Clunet . ١٩٢٣ . ٢٩٥ ولكن هل يمكن أن يعتبر الحكم الأجنبى مخالفا للنظام العام بدعوى أن القاضى الأجنبى لم يحكم على وجه عادل ؟ انظر Pillet-Niboyet . ٩٣٦ .

له محل اقامة فيقدم الطلب الى محكمة جهة التنفيذ .

أما الاجراءات الواجبة الاتباع فهي اجراءات الأوامر على العرائض . وهذا هو الطريق الولائي . فيمكن اذن التظلم للآمر أو للمحكمة حسبما هو مقرر في قانون المرافعات . وليس هناك مايمنع من رفع دعوى معتادة بطلب تنفيذ الحكم الأجنبي ، وهذا هو الطريق القضائي [1] . وفي هذه الحالة الأخيرة يصح رفع استئناف عن الحكم الصادر اذا كان المبلغ المحكوم به داخلا في نصاب الاستئناف، كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يرفع صاحب الحكم الأجنبي دعوى بحقه من جديد ، يستند فيها على الحكم الأجنبي كدليل يؤيد به دعواه ، فاذا صدر حكم في هذه الحالة لمصلحته فانه ينفذ ، ولكن التنفيذ هنا مقرر للحكم المصري لا للحكم الأجنبي . ويتحقق هذا الفرض السالف عملا اذا كان صاحب الحكم الأجنبي متشككا في استيفاء الشروط الخارجية السابقة .

٣٧٢ — فاذا انتقلنا الى التشريع الأهلي وجدنا أن المادة ٤٠٧ مر . ا . قد سكتت عن بيان السلطة التي يرفع اليها طلب الأمر بالتنفيذ ، لذلك قام الخلاف بشأنها . فقال المرحوم أبو هيف بك [2] باعطاء الاختصاص للمحكمة الكلية لا للقاضي الجزئي ولا لرئيس المحكمة ، وخالفه في ذلك الدكتور الزيني فقال بالاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية في نفس الوقت . وقد أدلى كل منهما بحججه في الموضوع ، وفي اعتقادي أن رأي الدكتور الزيني [3] هو الأصوب

---

(١) انظر ٢٧ يناير ١٨٩٨ . م . ت . م . ١٠ . ١١٦ و ٢ مايو ١٩١١ م. ت .م. ١٣ . ٢٧٩ و٢٧ ابريل ١٩٣٣ جازيت . ٢٤ . ٣٤٦ .

(٢) راجع أبوهيف بك في كتاب « التنفيذ » . ٤٨ — ٤٩ ويعتمد في ذلك على أن طلب الأمر بالتنفيذ غير مقدر القيمة (المادة ٣٠ مرافعات أهلي) وأن المشرع قد سكت عن بيان السلطة المختصة باعطاء الأمر بالتنفيذ ولذا تكون جهة الاختصاص هي المحكمة الكلية باعتبارها المحكمة العامة التي تختص بكل مالم ينص عليه القانون .

(٣) راجع مذكراته ١٠٦ — ١٠٨ حيث يقرر أن دعوى طلب الأمر بالتنفيذ تتحدد بقدر ماحكم به ، وكذلك لأنه يحصل كثيرا أن يقضي شرط التبادل بالسماح بتنفيذ الحكم الأجنبي دون حاجة لمراجعة موضوعه فما هي الفائدة في هذه الحالة من الرجوع الى المحكمة عن طريق رفع الدعوى ؟ واستند الأستاذ في النهاية على المادة ١٢٧/١٣٠ مر . ا . م. =

وقد أخذت به معاهدة تنفيذ الأحكام بين مصر وفلسطين سنة ١٩٢٨ فى المادة الثالثة فقرة أولى فنصت صراحة على اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية الأهلية والمختلطة باعطاء الأمر بالتنفيذ . ويستصدر هذا الأمر فى صيغة الأوامر التى تحرر على عرائض الخصوم .

٣٧٣ — فاذا تمت اجراءات طلب الأمر بالتنفيذ صحيحة ، واستوفى الحكم الشروط الخارجية السابقة ، فهل تلتزم السلطة المرفوع اليها الطلب باجابته أو أن لها الحق فى رفضه ؟ اذا رجعنا الى النصوص المصرية وجدنا أنها تجعل منح الأمر بالتنفيذ معقودا بوجود التبادل ، رغم توفر الشروط السالفة ، فان تحققت المحكمة من وجوده فعليها أن تمنح الأمر بالتنفيذ والا رفضته .

فما هو المقصود بنظام التبادل ؟ لم يأخذ المشرع المصرى نظام التبادل عن المشرع الفرنسى ، بل نقله كما هو ظاهر عن التشريع الألمانى القديم [١] . وقبل أن أفسر معناه ونطاقه أرى أنه قد يكون من الأوفق أن أدلى ببعض بيانات عن النظام المتبع فى فرنسا وقت وضع النصوص المصرية .

كان فى فرنسا اذ ذاك خلاف كبير حول تنفيذ الأحكام الأجنبية ، اذ قال البعض بأنه ليس للمحكمة المطلوب منها منح الأمر بالتنفيذ سوى سلطة مراقبة توفر الشروط الخارجية السابقة ، وعرف هذا النظام باسم نظام المراقبة système de contrôle ، ومقتضاه أن لا يفحص الحكم من حيث الوقائع التى اعتمدها . وبذلك تقرب سلطة الجهة المختصة كثيرا من سلطة محكمة النقض بالنسبة للوقائع . وزعم مؤيدوا هذا الرأى أنه اذا أبيحت مراجعة الوقائع فاننا لا نكون فى الحقيقة أمام طلب أمر بالتنفيذ وانما أمام دعوى مباشرة action directe

---

= التى تقرر أنه « فى الأحوال التى يكون للخصم فيها وجه فى طلب صدور أمر demander une ordonnance يقدم عريضة بذلك الى رئيس المحكمة أو قاضى الأمور الوقتية » للقول بأن المشرع وجد فى هذا النص الكفاية ولم يجد داعيا للتكرار فى المادة ٤٠٧ مر ١٠ .

(١) وقد أخذت به أقلية التشريعات الأوروبية الأخرى .

مرفوعة على أساس الحكم كما هي الحال في انجلترا (١) . هذا من جهة ، ومن الجهة الأخرى فانه من اللازم احترام الحقوق المكتسبة ، والقول بضرورة مراجعة الوقائع من جديد لا يتفق مع هذا الاحترام الواجب في شيء (٢) .

ومن الأحكام ماذهب الى ضرورة التمييز بين الأحكام الأجنبية التي تصدر ضد الفرنسيين أو ضد الأجانب ، فتصبح في الحالة الأولى مراجعة الوقائع ، أما في الحالة الثانية فيكتفى فقط بمراقبة توفر الشروط الخارجية السابقة . ولم يصادف هذا الرأي نجاحا وسقط سقوطا نهائيا (٣) .

أما الرأي الذي سارت عليه أغلبية الأحكام فيقول بمراجعة وقائع الحكم أي يشير باتباع النظام المعروف باسم système de la révision. وذلك خوفا من تأييد ظلم قال به الحكم الأجنبي (٤) . ويرى الأستاذ Bartin (٥) أن المحاكم الفرنسية حتى في الأحوال التي أخذت فيها بنظام المراقبة كانت تعطي لنفسها سلطة فعلية في مراقبة الوقائع تقرب كثيرا من السلطة التي يقررها نظام المراجعة (٦) .

---

(١) ويطلقون عليها في انجلترا on the judgement قارن Dicey ، ٤٤ وموسوعات القانون الدولي بحث الأستاذ Paul Goulé .

(٢) قارن بحثنا في تنفيذ الأحكام الأجنبيـة في مصر وعلى الأخص الأحكام الايطالية وهو منشور باللغة الفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة . ٢٤٩ — ٢٥٠ .

(٣) قارن Pillet-Niboyet ٩٤٧ وكذلك ٩٣٧ وانظر أيضا Aubry et Rau حيث تجد تأييدا لهذا المذهب . ١٢ . ٧٦٩ .

(٤) ويلاحظ أن النتائج التي تنتهي اليها المحكمة الفرنسية لاتتعدى اتباع أحد الحلول الآتية : (ا) اعطاء الأمر بالتنفيذ (ب) رفضه (جـ) اعطاء الأمر بطريقة جزئية (د) تعديل منطوق الحكم بطريقة كلية واصدار حكم مخالف عن الحكم الأجنبي . راجع Pillet-Niboyet ٩٤٣ وما بعدها . حيث يقرر أن نظام المراجعة مخالف لما كان متبعا في فرنسا قبل مجموعة نابليون .

(٥) راجع مؤلفه . ١ . ٥٩٦ وما بعدها .

(٦) ويقول الأستاذ Niboyet ٩٤٥ أن نظام المراقبة غير المحدود Contrôle illimité هو الأولى بالاعتبار ، وقد رأينا أن الأستاذ Bartin يصفه بأنه نظام مراجعة في الواقع .

٣٧٤ — هذا هو محور الخلاف الذى كان سائدا فى فرنسا ، وظاهر أن المشرع المصرى لم يتبع أحد النظامين السالفين بل قرر أن الأحكام الأجنبية يمكن تنفيذها فى مصر بشرط التبادل ، أى أن هذه الأحكام الأجنبية تعامل فى مصر من حيث تنفيذها نفس المعاملة التى تعامل بها الأحكام المصرية فى البلاد الأجنبية اذا فرض أنها صدرت فى نفس الظروف ، وهذا هو معنى التبادل .

فاذا كان تشريع البلد الأجنبى لا يجيز تنفيذ الحكم المصرى الا بعد رفع دعوى بالموضوع الأصلى الذى شمله الحكم كما هى الحال فى السويد والنرويج ، فلا بد أيضا من رفع دعوى أصلية بهذا الحكم الأجنبى فى مصر وما ينفذ فى هذه الحالة هو الحكم المصرى الذى يصدر فى النزاع . واذا كان تشريع البلد الأجنبى يجيز رفع دعوى على أساس الحكم ويعتبره حجة قاطعة فى الموضوع كما هى الحال فى انجلترا ، فان الحكم الانجليزى يعامل فى مصر نفس المعاملة ، وفى هذه الحالة أيضا ما ينفذ هو الحكم المصرى دون الحكم الانجليزى ، فلا محل لاعطاء الأمر بالتنفيذ على الأحكام الانجليزية ، لأن الأحكام الأجنبية فى انجلترا انما تتمتع فقط بقوة اثبات ولا تنفذ عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها ، أى أن ما ينفذ فى انجلترا هو حكم انجليزى صادر على أساس الحكم الأجنبى [١] .

وظاهر أن تطبيق شرط التبادل فى الحالتين السالفتين يؤدى الى ضرورة رفع دعوى مباشرة ، مع ذلك الفارق ، وهو أنه فى الحالة الأولى يعتبر الحكم مجرد دليل فى الدعوى ، وأما فى الحالة الثانية فهو دليل قاطع . وعند حصول الشك فى المعاملة التى يعامل بها الحكم المصرى فى البلد الأجنبى فانه يجب الرجوع الى أحكام المحاكم للتحقق عملا من المعاملة الفعلية ولا يؤخذ فى ذلك بأقوال الشراح

---

(١) راجع Dicey ٤٢٩ وما بعدها و ٤٤٨ وما بعدها وقارن أبو هيف بك ٣٨٨ — ٣٩٠ . وعكس ذلك ١٥ يونيه ١٩٢١ . م . ت . م . ٣٣ . ٣٩٨ .

ورغباتهم ، ومما هو جدير بالذكر بهذه المناسبة أن لغـة[1] بعض الأحكام الانجليزية تفيد أن الأحكام الأجنبية تنفذ فى انجلترا باعتبار أنها أحكام والحاصل هو ما قدمناه .

واذا كانت محاكم البلد الأجنبى تبيح لنفسها مراجعة الأحكام المصرية فانه لابد من مراجعة الحكم الأجنبى فى مصر . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة[2] بمراجعة حكم صادر من محكمة باريس لأن المحاكم الفرنسية تعطى لنفسها هـذا الحق بالنسبة للأحكام المصرية . وظاهر هنا أن تطبيق شرط التبادل يؤدى الى اتباع نظام المراجعة فى مصر .

أما اذا كان تشريع البلد الأجنبى يكتفى فقط باستيفاء الشروط الخارجية السابقة دون اشتراط المراجعة كالتشريع الايطالى ، وذلك بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩١٩ رقم ١٢٧٢ معدلا للمادة ٩٤١ مرافعات ، وكذلك بعد تعديل سنة ١٩٢٥ ، فان الأحكام الايطالية تنفذ فى مصر بدون حاجة لمراجعة وقائعها . على أن التشريع الايطالى من الجهة الأخرى يبيح مراجعة الوقائع اذا ما كان الحكم غيابيا وطلب ذلك المدعى عليـه ، لذلك يقضى تطبيق شرط التبادل أن يعامل الحكم الايطالى فى مصر نفس المعاملة ، ولكن محكمة الاستئناف المختلطة لم تأخذ بهذا الرأى فى حكم حديث سبق أن أشرنا اليه[3] ، بل أعطت الأمر بالتنفيذ دون

---

(١) على أن المحاكم المختلطة فى بعض أحـكامها جرت على اعتبار أن التبادل موجود بين الأحكام الانجليزية والأحـكام المصرية ، وأن الخـلاف مقصور فقط على الاجراءات الواجبة الاتباع . انظر Messina . ٢ . ١٣٤ وحـكم استئناف مختلط ١٣ ابريل ١٩٢٢ . ٣٤ . ٣٢٧ .

(٢) ١٠ فبراير ١٩٢٤ . م . ت م . ٣٦ . ١٤٣ وقد أشار الحـكم الى أن الحـكم الأجنبى لاينفذ متى كان مخالفا للنظام العام المصرى .

(٣) وقد انتقدنا هذا الحـكم فى تعليق لنا باللغة الفرنسية منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة . ٤ . ٢٤٨ . وبحث الأستاذ Diena الايطالى المنشور فى Clunet ١٩٢٢ ، ١٩ — ٣٣ وعكس ذلك ١٨ يناير ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٥ . ١٥٨ .

مراجعة للوقائع ، مع أن تطبيق شرط التبادل فى هـذه الحالة يؤدى الى الأخذ بنظام المراقبة مع ملاحظة الاستثناء الأخير .

ويعتبر شرط التبادل متوفرا من أول الأمر اذا كان التشريع الأجنبي يقول به كما هى الحال بالنسبة للتشريع السويسرى[1] .

ويتبين مما تقدم أن سلطة الجهة المختصة باعطاء الأمر بالتنفيذ فى مصر لا يمكن أن تقل على أية حال عن مراقبة استيفاء الشروط الخارجية للحكم ، بل قد تزداد فى بعض الأحوال حتى تصل الى حد مراجعة الوقائع بل وأكثر من ذلك الى ضرورة رفع دعوى بالموضوع الأصلى فيتاح للمحكمة المصرية أن تبحث الموضوع برمته من جديد .

٣٧٥ — فرغنا من بيان معنى التبادل ، ونعرض الآن لتحديد نطاقه . والواقع أننا اذا رجعنا الى أحكام المحاكم المختلطة فى الموضوع وجدنا أنها بعيدة عن الوضوح والتجانس ، بحيث يصعب أن نستخلص منها المبادىء المقررة لنطاق التبادل وقيوده ، وقد لاحظ ذلك بحق المرحوم أبو هيف بك . ومع هـذا فمن المتفق عليه أنه لا تبادل من حيث اجراءات الطلب ، ولا من حيث الجهة المختصة بنظره ، لأن الاجراءات تدخل ضمن قواعد المرافعات فتخضع لقانون القاضى[2] ، ولأن الاختصاص متعلق بالنظام القضائى وهذا مرجعه أيضا قانون بلد التنفيذ والعبرة دائما بالنتيجة ، وهى الحصول على الأمر بالتنفيذ . ولقد أحسن المشرع

---

(١) راجع مع ذلك حكم أول يونيه ١٩٣٥ . م . ت . م . ٤٧ . ٣٤٧ حيث يقرر أنه يشترط لتنفيذ الأحكام الألمانية فى مصر رفع دعوى عادية أسوة بالتشريع الألماني . وقارن أبو هيف بك ٣٩٣ الذى يقرر عكس ما تقدم ويظهر أن التشريع فى هذه النقطة قد تعدل فى ألمانيا . وقد صدر حكم آخر بهذا المعنى من محـكمة الاستئناف المختلطة فى ١١ ابريل ١٩٣٥ المجلة ١٩٣٥ . ٧١ . ١ اذ قرر عدم وضع exequatur على الأحكام الألمـانية لأن التشريع الألمانى يستلزم مراجعة الموضوع .

(٢) ٩ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ — ٣٤١ و Messina . ٢ . ١٣٢ — ١٣٤ وبحثنا السابق الاشارة اليه ٢٥٠ — ٢٥١ .

المصرى باعطائه الاختصاص لرئيس المحكمة بعد اتباع اجراءات الأوامر على العرائض لما فى ذلك من تسهيل للأمور .

٣٧٦ — ولكن هل يتناول التبادل الشروط الخارجية للحكم ؟ يستفاد من أحكام القضاء المختلط أنه لا تبادل فيما يتعلق بانتهائية الحكم ، فاذا كان تشريع بلد الحكم الأجنبى يجيز تنفيذ الحكم المصرى الابتدائى أو المشمول بالنفاذ المعجل فان الحكم الأجنبى لا يعامل فى مصر نفس المعاملة ، والعلة فى ذلك كما أشرت اليه من قبل هى منع المفاجآت . وكذلك لا تبادل بالنسبة للاجراءات السابقة على الحكم فلا يشترط أن تكون الاجراءات واحدة عندنا وعند البلد الأجنبى . ومن المقرر أيضا أنه لا تبادل بشأن تطبيق الحكم الأجنبى للقانون المختص ، بل يجب أن يكون هذا الحكم قد أخذ بالقانون الذى تشير به قواعد تنازع القوانين المصرية فان لم يفعل فلا يمكن تنفيذه فى مصر ، وان كانت محاكم البلد الأجنبى تبيح تنفيذ الحكم المصرى فى هذه الحالة ، لأن المحاكم المصرية لا يمكنها أن تقر الظلم الناشىء عن تطبيق قانون آخر ، وذلك لما هو معلوم من أن قواعد تنازع القوانين مدارها فى كل بلد تحقيق العدالة ، ولا يعتبر الحكم الأجنبى عادلا فى نظر المشرع المصرى ومحاكمه الا اذا كان قد طبق القانون الذى تشير به قواعد الاسناد المصرية . ويضاف الى ما تقدم أن هذه القواعد الأخيرة متعلقة بالسيادة فلا يسمح بمخالفتها . كما أنه لا محل للتبادل اذا كان فى تنفيذ الحكم الأجنبى مساس بالنظام العام فى مصر ولو كانت محاكم البلد الأجنبى تبيح تنفيذ الحكم المصرى الصادر فى نفس الظروف كالحكم الصادر بثمن أسلحة مهربة الى القطر المصرى ، أو بصحة عقد بيع حشيش[1] الخ .

فالواقع أنه لا تبادل بالنسبة للشروط السابقة ولا يبقى من الشروط الخارجية سوى الشرط الخاص بصدور الحكم الأجنبى من محكمة مختصة . وقد رأينا أن

---

(١) راجع Messina . ٢ . ١٤٨ — ١٤٩ حيث تجد أحوالا كثيرة أخذت فيها المحاكم المختلطة بهذا الشرط فلم تبح تنفيذ الأحكام الأجنبية لمخالفتها للنظام العام .

القانون المعول عليه فى تحديد الاختصاص العام للمحكمة الأجنبية هو القانون المصرى . ولكن مع ذلك فقد قررت المحاكم المختلطة ، فى بعض أحكامها ، الأخذ بقانون المحكمة الصادر منها الحكم للوقوف على اختصاصها . ومنها ماقضى على عكس ماتقدم فلم يبح تنفيذ الحكم الأجنبى ولو أن المحكمة الصادر منها الحكم كانت مختصة وفقا لقانونها عملا بشرط التبادل ، وذلك اذا كانت محاكم هذا البلد لاتبيح تنفيذ الحكم المصرى الصادر فى نفس الظروف . وعلى الأساس المتقدم لم تعترف المحاكم المختلطة للمحاكم الانجليزية بالاختصاص فى دعاوى الالتزامات الناشئة عن عقود تمت فى انجلترا ولو أن أحد الطرفين لم يكن موجودا بها (المادة ١٤ م . م) لأن المحاكم الانجليزية لاتعترف للمحاكم المصرية بالاختصاص فى هذه الحالة[١] . كما أنه قضى بأن الاختصاص العام غير المباشر لايخضع للتبادل اذا كان متعلقا بالنظام العام ، فاذا كان الحكم الأجنبى قد صدر فى دعوى هى من اختصاص المحاكم المختلطة وفقا للمادة ١٤ م . م . فلا يمكن تنفيذه فى مصر لأن هذا النص متعلق بالنظام العام[٢] ، ولا يغير من ذلك أن تكون المحكمة الأجنبية مختصة وفقا لقانونها . ولم تعترف المحاكم المختلطة بوجود تبادل فى الأحوال التى تكون فيها الدعوى مرفوعة الى محكمة المدعى لما فى ذلك من مخالفة للقاعدة الأساسية فى مسائل الاختصاص ، وهى أن المدعى يسعى وراء المدعى عليه . ومما تقدم يتبين أنه وان كانت لغة بعض الأحكام المختلطة تشعر بأن هناك تبادلا فيما يتعلق بالاختصاص ، فالواقع مع ذلك يجرى على خلافه . وقد رأينا أن تطبيق شرط التبادل فى الأحكام الأخيرة انما استعين به لحرمان الحكم الأجنبى من التنفيذ ، وعندى أن هذا الشرط كغيره من الشروط الخارجية

---

(١) فالأخذ بالتبادل هنا يمنع فى التنفيذ .

(٢) أى أن اتفاق الطرفين على اعطاء الاختصاص لمحكمة أجنبية وسلخ اختصاص المحكمة المختلطة غير جائز ، وان كان تشريع البلد الأجنبى يجيز مثل هذه الاتفاقات بالنسبة لمحاكمه لأنه لا تبادل هنا . انظر قبله ٤٢١ هامش (٢) .

بعيد عن نطاق التبادل [١] . لأن قواعد تنازع الاختصاص المصرية قواعد وطنية قبل كل شيء وهى متعلقة بالسيادة فلا يمكننا مطلقا أن نعترف بحكم وننفذه فى داخل بلادنا اذا خالف هذه القواعد . ويؤيد ذلك أنه فى البلاد التى أخذت بنظام التبادل كألمانيا قد اشترط تشريعها صراحة أن يكون الحكم قد صدر من محكمة مختصة بحسب القانون الألمانى [٢] . وتكون النتيجة النهائية على حسب رأينا أنه لاتبـــادل فيما يتعلق بالشروط الخارجية للحكم ، لأن القول بخضوع بعضها للتبادل دون البعض ، علاوة على كونه سقيما ، فان التفرقة لامبرر لها وتؤدى الى مخالفة السيادة الوطنية ، وهذا ما لا يقصده مطلقا واضعوا شرط التبادل [٣] .

٣٧٧ — ويكون ملخص الرأى الذى نقول به هو أن مناط التبادل معرفة ما اذا كان تشريع البلد الأجنبى يجيز تنفيذ الحكم المصرى الصادر فى نفس الظروف باعتباره حكما أو لا ؟ فان أجازه فهل يتم ذلك بغير مراجعة للوقائع أو لا ؟ فاذا أجاز تشريع هذا البلد تنفيذ الحكم المصرى باعتباره حكما وبغير مراجعة للموضوع فعلى الجهة القضائية المصرية التى يطلب اليها هذا الأمر بالتنفيذ أن تمنحه بلا تردد متى استوفيت الشروط الخارجية للحكم . أما اذا كان الحكم المصرى ينفذ باعتباره حكما ولكن بعد مراجعته من حيث الوقائع فان رئيس المحكمة يكون غير مختص باعطاء الأمر بالتنفيذ فى هذه الحالة [٤] بل لابدهنا من

---

(١) الا فى الحدود السابقة .

(٢) فلا يهم اذن أن يـكون تشريع البلد الأجنبى (ألمانيا) يعطى الاختصاص للمحاكم الألمـانية فى غير الأحوال الواردة فى التشريع المصرى فان مسلك المشرع الأجنبى لا يعترف به فى مصر لأن قواعد الاختصاص العام متعلقة بالسيادة كما بيناه .

(٣) قارن Valéry . ٧٩١ الذى يقرر أنه يجب أن تـكون المحـكمة الأجنبية الصـادر منها الحـكم مختصة وفقا للتشريع الفرنسى دون غيره .

(٤) راجع Messina . ٢ . ١٥١ الذى يقرر أن رئيس المحـكمة فى هذه الحالة لا يعتبر قاضيا استئنافيا بالنسبة للحكم الأجنبى ، كما أنه لا ينتظر منه أن يصـدر حكما موضوعيا أعدل من القضاء الأجنبى .

اتباع اجراءات الدعوى لفحص الموضوع والوقائع بمعرفة المحكمة ، التى تعطى الأمر بالتنفيذ اذا ثبت لها أن الحكم عادل ، وأن مبادىء العدالة الأساسية لم تنتهك(١)، وذلك بغير اثارة لموضوع النزاع من جديد ، وعلى ذلك لا يحق للمحكمة متى كان المطلوب هو الأمر بالتنفيذ أن تعدل فى موضوع الالزام الوارد بالحكم الأجنبى وانما لها أن تمنح أو ترفض اعطاء هذا الأمر(٢)، وعندئذ يصح رفع دعوى بالموضوع من جديد . أما اذا كان الحكم المصرى الصادر فى نفس الظروف لا ينفذ باعتباره حكما بل يعتبر كمجرد وثيقة أو قرينة وأن الحكم الوطنى الذى يصدر فيما بعد هو الذى ينفذ فيعامل الحكم الأجنبى نفس المعاملة فى مصر .

٣٧٨ — والواقع أن نظام التبادل منتقد لأنه خليط ومزيج من كل الأنظمة الأخرى . كما أنه يجعل حظ الأحكام الأجنبية عرضة للمفاجئات اذ يرغم المحكوم له من محكمة أجنبية على أن يتأكد مبدئيا من قيمة الحكم المصرى المماثل فى البلد الأجنبى ، وهذا الأمر قد يكون من الصعوبة بمكان . ويترتب على الخطأ فيه استحالة التنفيذ فى بعض الأحوال ، اذ ربما يتمكن المدين من تهريب أمواله فى فترة تصحيح الاجراءات ، ولا يصيب المحكوم له سوى اضاعة المصاريف والوقت . ويظهر أن نظام التبادل هذا قد أوحت به المجاملات الدولية وذلك بغض النظر عن مراعاة مصالح الأفراد والاحترام الكافى لحقوقهم المكتسبة ، وغير خفى أن تطبيق شرط التبادل أمر شاق على القضاة الوطنيين اذ يتطلب منهم ذلك بحثا دقيقا فى التشريعات الأجنبية المختلفة ، وعندنا أنه كان من الأولى فيما يختص بتنفيذ الأحكام الأجنبية ، وهى مسألة متعلقة بالسيادة ، أن يكون النظام المتبع واحدا بالنسبة للجميع ، وذلك بغير مراعاة للنظم المتبعة فى البلاد الأخرى .

٣٧٩ — ولا شك فى أنه اذا أعطى الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبى فانه

---

(١) Messina ، ٢ ، ١٥١ .

(٢) قارن Valéry ٨٠٦ حيث يحبذ هذا الرأى ويقرر فى الوقت نفسه بأنه الرأى المقرر فى القضاء الفرنسى .

يعامل معاملة الحكم المصرى تماما ، فيصح مثلا بموجبه الحصول على حق اختصاص وذلك من يوم صدوره نهائيا ، على عقارات المدين الكائنة فى مصر ، كما يمكن التنفيذ به مباشرة . وعلى العموم فانه يكون للحكم الأجنبى ، جميع الآثار التى للحكم المصرى . ويعبرون أحيانا عن هذا التشبيه فى المعاملة بقولهم ان الحكم الأجنبى يعتبر متجنسا بجنسية الحكم الوطنى [(١)] .

٣٨٠ — وقد حصل التساؤل عن القيمة التنفيذية لأحكام المحكمين متى صدرت فى الخارج ؟ وللاجابة عن ذلك يجب أن ندلى ببعض بيانات موجزة عن قيمة أحكام المحكمين فى الداخل . تكلم المشرع المصرى عن التحكيم فى مجموعة المرافعات المدنية الأهلية فى المواد ٧٠٢ — ٧٢٧ وتقابلها فى مجموعة المرافعات المختلطة المواد ٧٩١—٨١٦ . وهذه المواد مأخوذة فى جملتها عن التشريع الفرنسى وفقا لمسلك المشرع المصرى المعتاد . ويتبين منها أن حكم المحكمين انما يصدر على أساس الاتفاق السابق بين أصحاب المصلحة . ويتم هذا الاتفاق اما بعقد يحرر على حدة ويطلق عليه « عقد التحكيم » ، واما بشرط يكتب ضمن العقد الأصلى ويطلق عليه « شرط التحكيم » . وعلى أية حال فلا بد من الاتفاق على التحكيم كتابة ٧١٩/٨٠٠ مر . ا . م . وقد اشترط المشرع توفر أهلية خاصة فى المتعاقدين ، وهى أهلية التصرف المطلق فى الحقوق محل النزاع ، كما أنه اشترط فى هذه الحقوق محل النزاع أن تكون ضمن الحقوق التى يجوز التصالح عليها ، هذا علاوة على الشروط الخاصة باجراءات التحكيم والتى ترمى الى ضمان تحقيق العدالة واحترام حقوق كل من الطرفين أكبر احترام ممكن . فسياسة المشرع فى عقد التحكيم تقوم اذن على اعتبارين أساسيين ، أولهما احترام ارادة المتعاقدين ، وثانيهما حماية هؤلاء المتعاقدين كل منهما فى مواجهة الآخر ، ولا تتحقق هذه الحماية الا برقابة القضاء لعمل المحكمين . ويتبين من ذلك أن المشرع

---

(١) ويرى Pillet-Niboyet أنه لا يمكن للحكم الأجنبى فى هذه الحالة أن يتمتع بآثار لا يعترف له بها فى بلده الأصلى ، فاذا لم يعرف البلد الأجنبى نظام الاختصاص مثلا فلا يجوز للحكم الأجنبى أن تكون له هذه القوة فى فرنسا ٩٤٩ — ٩٥٠ .

قد أجاز نزع اختصاص القضاء فى الفصل فى النزاع فى البداية ، ولكن أعطاه من الجهة الأخرى حق الرقابة على مايقضى به المحكمون فى النهاية ، ولذا استلزم لنفاذ أحكامهم ضرورة صدور أمر بالتنفيذ عليها من قاضى المواد الجزئية أو من رئيس المحكمة الابتدائية على حسب الأحوال . ٧٢٥/٨١٤ مر . ا . م . ولكن ليس للقضاء الحق فى تعديل حكم المحكمين ما دام هؤلاء قد قاموا بتطبيق عقد التحكيم كما يجب ، فأخذوا بالقواعد أو القانون المتفق عليه ان وجد ، أو حكموا بالعدالة ex æquo et bono وفقا لما اشترطه الطرفان .

٣٨١ — ففى مصر يمكن أن يخضع عقد التحكيم لحكم التشريع الأهلى ، اذا لم توجد مصلحة لأجنبى ، أما اذا كانت الحقوق موضوع النزاع بين مصريين وأجانب أو بين أجانب مختلفى الجنسية فأحكام التشريع المختلط هى الواجبة التطبيق . وهذا الوضع كما هو معلوم خاص بمصر اذ فى البلاد الأخرى[١] لا توجد نصوص اقليمية لتنظيم عقود التحكيم و بيان قيمة أحكام المحكمين اذا كان اتفاق التحكيم الأجنبى قد تم فى داخل اقليمها . فالأحكام الخاصة بعقد التحكيم فى التشريع الفرنسى مفروض بحسب الأصل أنها سارية بالنسبة للفرنسيين دون غيرهم ولا يمكن أن تنطبق على الأجانب الا بفضل تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسية ، وظاهر أن الحال فى مصر تخالف ذلك .

و ينبنى على ما تقدم أنه لا محل فى مصر للخلافات التى قامت فى الخارج[٢] حول المقياس الواجب اتباعه لمعرفة متى يعتبر حكم المحكمين أجنبيا أو وطنيا . وتتلخص هذه الخلافات فى أن وصف حكم المحكمين على الوجه السابق يمكن أن يرجع فيه ، اما الى البلد الذى حصل فيه الاتفاق على التحكيم ، بمعنى أنه لو تم هذا الاتفاق داخل الحدود الفرنسية بين أشخاص متحدى الجنسية أو مختلفيها كان الحكم فرنسيا ، ولا عبرة هنا بالأشخاص ولا بمكان جلوس المحكمين اذا فرض أن تم الاتفاق

(١) قارن Valéry . ٨١٨ — ٨١٩ ورسالة Weill « أحكام المحكمين فى القانون الدولى الخاص » باريس ١٩٠٦ .

(٢) راجع Bartin . ١ . ٦٠٦ — ٦١٣ .

على جلوسهم فى بلد آخر خارج فرنسا. كما أنه يصح أن يرجع فى وصف حكم المحكمين الى البلد الذى جلس فيه المحكمون أو الى البلد الذى ينتسب اليه الأخصام اذا اتحدوا جنسية، أو الى جنسية الحكم أو المحكمين على التفصيل السابق. فالضوابط اذن مختلفة، ولذا كان من رأى البعض [(١)] أن لا محل لاعطاء جنسية خاصة لأحكام المحكمين، لأن اعطاء هذه الجنسية للحكم الأجنبى معقول اذ يصدر الحكم من سلطة قضائية تنتسب لدولة معينة؛ أما هنا فالحكم صادر من أشخاص عاديين و بناء على اتفاق المتعاقدين ورغبتهم. ومقتضى هذا الرأى أن النصوص الوطنية بشأن عقد التحكيم وأحكام المحكمين تسرى على جميع عقود التحكيم سواء تمت بين وطنيين أو أجانب. ولكن هذا الرأى لم يصادف نجاحا بل من المتفق عليه فى الوقت الحاضر وجوب التمييز بين أحكام المحكمين الوطنية وأحكام المحكمين الأجنبية، وأن هذه الأحكام الأخيرة تلحق بالأحكام الأجنبية من حيث المعاملة. ولكن متى تعتبر أحكام المحكمين أجنبية؟ من المتفق عليه الآن الرجوع الى الجهة التى صدر فيها حكم المحكمين دون أية جهة أخرى، و بغير اعتبار لجنسية المتعاقدين.

٣٨٢ — والضابط المتقدم متفق كل الاتفاق مع مسلك المشرع المصرى، اذ كل عقود التحكيم وأحكام المحكمين التى تصدر فى مصر تخضع للتشريعين الأهلى والمختلط على التفصيل السابق. فاذا كان حكم المحكمين قد صدر فى الخارج وأريد تنفيذه فى مصر، فهل تتبع هنا اجراءات التنفيذ الخاصة بالأحكام الأجنبية؟ ربما توهم البعض عدم جواز اتباع هذه الاجراءات بدعوى أن النصوص التشريعية ٤٠٧/٤٦٨ مر. ا. م. لم يرد بها ما يشير الى أحكام المحكمين بل أنها أتت مقصورة على الأحكام الأجنبية. وقد رفض القضاء الأخذ بهذا الرأى بل أجاز تنفيذ أحكام المحكمين واعتبر أنها ملحقة بالأحكام الأجنبية من حيث المعاملة فتنفذ عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها. و يطلب هذا الأمر من رئيس المحكمة أو من

---

(١) اوبرى ورو . ١٢ . ٥٠٨ .

المحكمة كلها على حسب التفصيل الذى رأيناه فيما مضى[١] .

ويقتضى التشبيه فى المعاملة بين الحكم الأجنبى وحكم المحكمين الأجنبى أيضا ، أن يكون هذا الأخير قابلا للتنفيذ فى البلد الذى صدر فيه . وهذا الشرط مقرر فى فرنسا فقها وقضاء[٢] ، ولا مناص من الأخذ به فى مصر عملا بالمبادىء السابقة .

على أنه لا يغيب عن الذهن من الجهة الأخرى أن تنفيذ حكم المحكمين الأجنبى يثير البحث فى مسألة أخرى ، وهى مسألة صحة الاتفاق الخاص بالتحكيم فى ذاته ، فوفقا لأى قانون يجب أن يفصل فى هذه المسألة ؟

بالنسبة لتمام الاتفاق من حيث الأهلية فالمرجع دائما للقانون الشخصى للمتعاقدين بلا خلاف . أما من حيث موضوع التحكيم فهل يرجع هنا للقانون المصرى باعتباره قانون بلد التنفيذ ، أو يرجع لقانون بلد التحكيم ؟ من المتفق عليه تقريبا ضرورة الرجوع للقانون الذى يحكم موضوع العلاقة القانونية محل النزاع ، فاذا أجاز هذا القانون الاتفاق على التحكيم اتبعت أحكامه . وهذا الرأى معقول[٣] ، ولكنه لا يمنع مطلقا من وجوب اتباع أحكام القانون المصرى بشأن النظام العام ، فاذا كان النظام العام المصرى يأبى التحكيم فى مسألة معينة كمسألة طلاق أو زواج فان عقد التحكيم يعتبر باطلا فى نظر المشرع المصرى ومحاكمه ، وذلك بغض النظر عما قد يقول به التشريع الأجنبى الذى يحكم الموضوع .

كما أننا نلفت الأنظار الى وجوب تطبيق شرط التبادل هنا أسوة بالأحكام القضائية ، فاذا كان التشريع الأجنبى لا يضح تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة فى

---

(١) انظر ٩ نوفبر ١٩٢١ . م . ت . م . ٣٤ . ٨ وقد أشار اليه الأستاذ رياض ٢٧٧ وراجع أيضا ١٩ ديسمبر ١٩٢٩ . جازيت . ١٨ . ٢١٢ و ٤ فبراير ١٩٣٣ جازيت ٢٤ . ٣٤٥ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet ٩٧٣ .

(٣) وقد دافع عنه Bartin . ١ . ٦١١ .

مصر عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها بل يستلزم صدور حكم جديد وجب اتباع نفس المعاملة بالنسبة لأحكام المحكمين الصادرة فى هذا البلد الأجنبي .

فاذا وضع الأمر بالتنفيذ على حكم المحكمين الأجنبي ، كانت له نفس القوة التى تتقرر للحكم الأجنبي الذى يسمح بتنفيذه فى مصر .

٣٨٣ — وتسرى المبادىء السابقة فى حالة غياب معاهدة منظمة لكيفية معاملة هذا النوع من الأحكام ، فان وجدت معاهدة اتبعت أحكامها .

وهذا فى مشروعات مؤتمر لاهاى الخامس فى سنة ١٩٢٥ شبهت أحكام المحكمين بالأحكام الأجنبية من حيث المعاملة . ولقد حاولت عصبة الأمم وضع مشروع اتفاق دولى بشأن أحكام المحكمين فوجد بروتوكول ٢٤ سبتمبر ١٩٢٣ (١) ثم كمل هذا البروتوكول باتفاق فى ٢٦ سبتمبر ١٩٢٧ ، وهذا الاتفاق على خلاف مشروع لاهاى لا يعتبر أحكام المحكمين فى منزلة الأحكام الأجنبية بل يعتبر أن أساس أحكام المحكمين هو الاتفاق الخاص الخالص ولا يمكن تنفيذها الا اذا استوفيت الشروط الآتية : (١) أن يكون حكم المحكمين قد صدر على أساس اتفاق صحيح بالتحكيم . (٢) أن يكون موضوع الحكم مما يجوز التحكيم فيه وفقا لقانون بلد التنفيذ . (٣) أن يكون الحكم نهائيا فى البلد الذى صدر منه . (٤) أن لا يكون الحكم مخالفا للنظام العام فى بلد التنفيذ . وهذه الشروط قريبة جدا من الشروط الخارجية الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر .

هذا وقد صدقت جملة دول على الاتفاق السالف الذكر (٢) ، ولكن مصر لم تصدق عليه حتى الآن ، ولها مطلق الحرية فى ذلك ولو لم تكن عضوا فى عصبة الأمم بعد .

٣٨٤ — ومن المعلوم أن للسندات الرسمية التى تحرر فى مصر قوة تنفيذية أى انه ينفذ بمقتضاها دون حاجة للحصول على حكم بذلك ، فهل يمكن أن تعامل

---

(١) ولنصوصه منشورة فى مجموعة Goulè et Niboyet ولم يرد بهذه النصوص شىء بخصوص أحكام المحكمين الأجنبية .

(٢) انظر مؤلف الأستاذ رياض ٢٨٠ — ٢٨٢ .

السندات الرسمية الأجنبية نفس المعاملة ؟ لا شك فى أنه اذا كان السند الرسمى قد حرر فى الخارج أمام موظف رسمى مختص (كمأمور قنصلية مثلا) فانه يتمتع بهذه القوة ، أما اذا كان السند الرسمى قد حرر فى الخارج أمام موظف أجنبي فانه لا يتمتع بهذه القوة التنفيذية . وهذا هو الرأى الذى قال به القضاء [1] والفقه فى مصر ، ويعتمد على أن نص المادة ٤٠٧/٤٦٨ مر . ا . م خاص فقط بالأحكام وما يلحق بها على الوجه الذى بيناه . أما السندات الرسمية فهى عقود بحتة بعيدة عن كل اعتبار خاص بالسيادة ، وليس للقضاء أية رقابة بشأن تمامها فليس من المعقول اذن السماح بتنفيذها عن طريق وضع أمر بالتنفيذ عليها من رئيس المحكمة الابتدائية . هذا فى مصر أما فى فرنسا فالمسألة خلافية [2] فمن الشراح من يقول بالرأى السائد عندنا ومنهم من يقول بجواز التنفيذ بشرط عرض الأمر على المحكمة أى أن الأمر بالتنفيذ انما يصدر من المحكمة لا من رئيسها وحده على أن لا يكون للمحكمة الحق فى تعديل محتويات العقد بل لها أن ترفض التنفيذ أو تقبله على حسب الأحوال ، أى أنه يوجد تشبيه فى المعاملة بين السندات الأجنبية والأحكام الأجنبية .

كل هذا لا ينفى أن للسندات الرسمية فى مصر قوة اثبات تتحدد بالقانون الذى تمت تحت سلطانه ، لا بتطبيق أحكام المادة ٢٢٦/٢٩١ مدنى . ا . م . كما قال بذلك المرحوم أبو هيف بك ، لأن النصوص المصرية انما تسرى فقط داخل الحدود المصرية [3] .

وتنفذ الأحكام السابقة الا فى حالة وجود معاهدة خاصة مغيرة لمقتضاها .

---

(١) راجع أبو هيف بك ٤١٠ — ٤١١ والأحكام التى أشار اليها .

(٢) راجع Pillet-Niboyet . ٩٨٣ — ٩٨٤ .

(٣) راجع أبو هيف بك ٤١١ وقارن قبله ١١٤ والزينى مذكرات ١٤٤ والأحكام التى أشار اليها .

المبحث الثانى

فى

الآثار الأخرى للأحكام الأجنبية وما يلحق بها

٣٨٥ — من المعلوم أن للأحكام الوطنية آثارا أخرى خلاف التنفيذ ، أهمها أنها تعتبر حجة فيما قضت به ، أى أنها تتمتع بما يسمى بحجة الشيء المحكوم به وكذلك بقوته ، بحيث لا يباح للخاسر أن يثير النزاع من جديد متى فصل فيه القضاء . فهل يسوغ لمن بيده حكم أجنبي أن يستفيد من هذه الميزات ، أى هل يحق له أن يعتبر هذا الحكم حجة بما قضى به فيرتكز عليه للمطالبة بحق جديد أو يعتمد عليه لاكتساب حق جديد ، وهكذا يسوغ لمن بيده حكم مثبت لطلاقه من زوجته أن يتزوج من جديد فى بلد آخر دون حاجة للحصول على أمر بالتنفيذ، وكذلك يحق لمن حكم ببراءة ذمته من دين معين أن يطالب بتعويضات بناء على أن الدعوى التى رفعت عليه كانت كيدية . وقياسا على ما تقدم هل يسوغ له أن يعتمد على هذا الحكم كى يطلب رفض الدعوى المرفوعة عليه من جديد أخذا بالدفع المعروف باسم قوة الشيء المحكوم فيه ؟ أثارت هذه المسألة خلافات كثيرة [١] فتضاربت بشأنها الآراء فى فرنسا اذ قال البعض ان الحكم الأجنبى ينتج آثاره دون حاجة للحصول على الأمر بالتنفيذ ، أى أن الحكم الأجنبى ينتج آثاره من هذه الوجهة بقوة القانون ومن تلقاء نفسه [٢] ، وعللوا هذا الرأى بحجج مختلفة أهمها أن الحكم انما يرتكز على تعاقد قضائى contrat

---

(١) قارن Bartin . ١ . ٤٨٦ وما بعدها .

(٢) وعماد هذا الرأى وجوب التمييز بين تنفيذ الحكم الأجنبى ، والآثار الأخرى التى يمكن أن يتمتع بها الحكم ، ففى الحالة الأولى لا بد من الأمر بالتنفيذ أما فى غيرها فلا داعى له قارن Bartin . ١ . ٤٨٨ حيث يقرر أن اعتبارات السيادة تمنع من ذلك . وظاهر تعلق الأستاذ بفكرة السيادة فى جميع مناحى القانون الدولى الخاص .

judiciaire مفترض وجوده بين المتقاضين ، مؤداه أن الخاسر الاحتمالى قابل لحكم القضاء ، وهذا العقد وان كان حاصلا فى الخارج فهو صحيح ومنتج لآثاره فى الداخل مباشرة دون حاجة الى أمر بالتنفيذ . وقد اعترض على هذه الحجة بأن نقطة البداية فيها خاطئة ، اذ أن الفصل فى المنازعات لا يتوقف على رضا المتخاصمين بل يقوم على فكرة تأدية خدمة عامة اضطلعت بها الدولة ، ولا يمكن التسليم بأن هناك تعاقدا يتم بين متخاصمين الا اذا وجد عقد تحكيم ، كما أن هناك من الأحكام ما يصدر فى غيبة المحكوم ضده فيصعب القول هنا بأن أساس قوة الشيء المحكوم فيه هو التعاقد القضائى ، اذ أن الأساس الحقيقى هو ارادة صاحب السلطان الذى يرى ضرورة عدم بسط النزاع من جديد متى فصل فيه القضاء [1] المكلف بذلك من قبله . وتطبيقا على ذلك يجب أن لا تتمتع الأحكام الأجنبية بحجة الشيء المحكوم فيه أو بقوته لاعتمادها على سيادة دولة أجنبية [2].

وقال آخرون بأن الحكم الأجنبى يعتبر بمثابة قانون خاص loi spéciale مقصور على ما فصل فيه من نزاع وصادر من الدولة الأجنبية فيجب تطبيقه والاعتراف به كأى قانون آخر عام صادر من هذه الدولة . وقد اعترض على هذا التعليل بأن هناك فوارق متعددة بين الحكم الأجنبي والقانون الأجنبي . ولذلك ذهب أنصار هذا الرأى أخيرا الى الاستناد على فكرة الحقوق المكتسبة ، أى أن الخصم الذى كسب الدعوى فى الخارج له حق مكتسب فى أن يرى الحقيقة التى أظهرها الحكم معترفا بها فى كل البلاد ، ولكن هذه الحجة لم تنجح بدورها لأن كسب الدعوى فى الخارج بموجب الحكم الأجنبي انما يعطى الحق فى التمسك به والاستناد على هذا الحكم فى البلد الأجنبي دون غيره ، ولهذا رفض Pillet

---

(١) راجع Larombière فى كتابه الالتزامات تحت المادة ١٣٥١ . م . ف .

(٢) وقد أخذت المحاكم الفرنسية فى أحوال كثيرة بهذا الرأى . راجع الأحكام التى أشار اليها Valéry ـ ٧٨٠ هامش (١) والواقع أن مقتضى الأخذ بالرأى العكسى هو أن يعترف بحجة الشيء المحكوم فيه للأحكام التى رفض القضاء وضع أمر بالتنفيذ عليها وهذا غير مقبول .

نفسه وهو صاحب نظرية الحقوق المكتسبة اعتماد هذه الحجة .

ويقول أصحاب الرأى الراجح فى فرنسا بضرورة الحصول على أمر بالتنفيذ لكى يتمتع الحكم الأجنبى بحجة الشىء المحكوم به و بقوته ، ولهم فى ذلك حجتان: الأولى ، حجة نظرية ، مبناها أن الاختصاص jurisdictio بنظر المنازعات والفصل فيها imperium انما يقوم بهما القضاء اعتمادا على سلطان الدولة فحكم القضاء باعتباره مظهرا للحقيقة لا يعمل به فى خارج بلاده بغير الحصول على الأمر بالتنفيذ الذى يعد فى الحقيقة بمثابة الاعتراف بالحكم الأجنبى من جانب الدولة الأخرى . الثانية ، حجة عملية ، ومقتضاها أن الفارق الوحيد بين حجة الشىء المحكوم به وقوته و بين التنفيذ هى أن الميزة الأولى انما يستفاد منها عادة عن طريق الدفع بينما يستفاد من الميزة الثانية عن طريق طلب الأمر بالتنفيذ (١) ، أى أن الميزة الأولى سلبية أما الميزة الثانية فهى ايجابية .

ورغم ما تقدم فانه من المقرر فى فرنسا الاعتراف بحجة الشىء المحكوم فيه للأحكام الأجنبية الصادرة فى مسائل الحالة والأهلية دون حاجة الى أمر بالتنفيذ (٢) ، وقد عللوا ذلك الاستثناء بأن هذه الأحكام تقتصر فى الحقيقة على التحقق من وجود حقائق معينة ، كالحكم بالطلاق أو ثبوت النسب ، وان محاكم الدولة التابع لها الشخص هى أولى المحاكم بالفصل فى المسائل المتعلقة بحالته أو أهليته ، و بخاصة اذا راعينا أنه غير مطلوب هنا أى عمل تنفيذى من جانب السلطة المحلية .

---

(١) وعند أصحاب هذا الرأى يعتبر الحكم الأجنبى المجرد عن الأمر بالتنفيذ مجرد أداة اثبات فيصبح اذن اثبات عكس ما يقول به قارن Valéry . ٧٨١ — ٧٨٣ وقارن Pillet-Niboyet ٩٦١ — ٩٦٢ .

(٢) وذلك اذا ما كان الحكم خاصا بأحد رعايا الدولة الصادر من محاكمها الحكم . قارن Poullet . ٦٤٥ — ٦٤٩ حيث يشير باتباع نفس المعاملة بالنسبة للأشخاص المعنوية . على أن الأستاذ قد انتقد الشرط السالف الاشارة اليه مقررا جواز أن يكون الحكم قد صدر من محكمة الموطن بدلا من محكمة الجنسية ، ويكتفى الأستاذ باستلزام الشروط العامة فى تنفيذ الأحكام الأجنبية دون غيرها ، المرجع السابق ٦٥٢ .

٣٨٦ – وقد قام الخلاف حول تشبيه حكم اشهار الافلاس بأحكام الحالة والأهلية لأنه يقرر عدم أهليــة المفلس لادارة أمواله وأعماله ، وعلى ذلك يتمتع هذا الحـكم بقوة الشئ المحـكوم فيه و بحجته دون حاجة الى استصدار أمر بالتنفيذ . وقد اتبعت المحاكم هذا الرأى فى بلاد متعــددة فاعترفت بذلك بمبدأ عالمية اشهار الافلاس universalité لا اقليميته térritorialité de faillite ولـكن المحاكم فى فرنسا [1] عدلت أخيرا عن هذا التشبيه ، لأن عدم الأهلية هنا ليس مقصودا به حماية المفلس كما هى الحال فى عدم الأهلية المقررة فى قوانين الأحوال الشخصية ، فقوانين الافلاس اقليمية لاتتعدى فى آثارها الى البلاد الأخرى ، وقد أخذت بهذا الرأى المحاكم المختلطــة بحكم أصدرته فى دوائرها المجتمعة سنة ١٩١٢ ، ومنذ هذا التاريخ سارت الأحكام على هذه الوتيرة [2] .

٣٨٧ – ولقد سار بعض [3] الأحكام المختلطة على اعتبار حجة الشيء المحـكوم به للأحكام الأجنبية بغير حاجة للحصول على الأمر بالتنفيذ مخالف بذلك الرأى المعول عليه فى فرنسا . وعلل ذلك المسلك الأستاذ الزيتى [4] بقوله ان المحاكم الفرنسية انما اتبعت الرأى العكسى لأنها تأخذ بنظام المراجعة أى مراجعة الحكم من حيث الموضوع . وفى اعتقادنا أنه يصعب الاستناد على هذا التعليل لتبرير مسلك المحاكم المختلطة اذ أن اتباع نظام التبادل فى مصر من شأنه أن يؤدى كما رأينا فى بعض الأحيان الى الأخذ بنظام المراجعة أو على الأقل بنظام المراقبة ،

---

(١) قارن بالنسبة لبلجيكا مؤلف Poullet ٦٥٦ حيث يقرر الأســتاذ أن القضاء البلجيكى قد اتبع المذهب العـكسى .

(٢) قارن أبوهيف بك ٦٠٨ وما بعدها و٥ يونيه ١٩١٢ . م . ت . م . ٢٤ . ٣٨٥ .

(٣) ١٨ ابريل ١٨٩٥ . م . ت . م . ٧ . ٢٧٦ و ٢ ديسمبر ١٨٩٦ . م . ت . م . ٩ . ٣٩ .

(٤) انظر مذكراته . ١٤٩ هامش (١) والأحكام التى أشــار اليها والأحكام الأجنبية المذكورة انما تثبت صفة الأشخاص ولم يعتمد عليهــا للوصول الى حق أو سماع دعوى أى أنها متعلقة بقوة الاثبات لا بحجة الشيء المحـكوم فيه .

ونتيجة تطبيق هذا النظام يجعله قريبا من نظام المراجعة .

وعلى أية حال فانه لامحل للاستناد على التبادل فيما يتعلق بحجية الأحكام وبقوتها لأن التبادل مقصور فقط على التنفيذ . وعندنا أن الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحالة أو الأهلية تنتج آثارها دون حاجة الى وضع أمر بالتنفيذ عليها اذا استوفت الشروط السالفة الاشارة اليها ، أما غيرها من الأحكام فلا ينتج هذه الآثار الا بعد وضع الأمر بالتنفيذ عليه ، لأنه لامحل فيها للتفرقة بين تقديم الحكم الأجنبي لتنفيذه ، و بين الاستفادة منه بطريقة غير مباشرة ، اذ أن أساس احترام الحكم فى كلتا الحالتين هو اعتباره مظهرا للحق الذى اكتسبه صاحبه بموافقة القانون .

٣٨٨ — أما من حيث قوة اثبات الحكم الأجنبي لما ورد به من وقائع وصفات للأخصام فانه يتمتع بذلك فى مصر دون حاجة الى الأمر بالتنفيذ . فالحكم الصادر فى الخارج بتعيين وصى يثبت له هذه الصفة . وقد قضت المحاكم المختلطة بأن الحكم الذى يقضى بتعيين سنديك يبيح لهذا الأخير اجراء أعمال تحفظية بشأن أموال المدين الموجودة فى مصر ، ولا داعى هنا لاستصدار أمر بالتنفيذ (١) .

٣٨٩ — وتعتبر أحكام المحكمين حجة بما قضت به أمام المحاكم المصرية دون حاجة لوضع أمر بالتنفيذ عليها (٢) . ولابد هنا أيضا من أن يستوفى الحكم الشروط التى بيناها آنفا .

---

(١) قارن Valéry . ٧٨٢ حيث يشير الى طائفة من الاجراءات التحفظية التى يمكن السماح بالقيام بها فى فرنسا بالنسبة للأحكام الأجنبية التى لم يوضع عليها الأمر بالتنفيذ Pillet-Niboyet . ٩٥٥ وما بعدها حيث يشير الى قوة الأحكام الناقلة للملكية وفقا لأحكام قانون موقع العقار وكذلك الى الأحكام الصادرة من القضاء بناء على سلطته الادارية كالتصديق على الصلح أو التصريح لامرأة متزوجة ببيع عقار مملوك لها . على أن الاعتراف بهذه الآثار مقيد بأن يكون الحكم قد صدر من هيئة مختصة بتطبيق القانون المختص وغير مخالف للنظام العام . وحكم ١٨ مارس ١٩٣١ م . ت . م . ٤٣ . ٣٠١ . وعكسه ٢٠ يناير ١٩٣٢ م . ت . م . ٤٥ . ١٣٠ الذى لم يعترف بصفة السنديك .

(٢) ٤ فبراير ١٨٩٧ م . ت . م . ٩ . ١٧٩ وقد أشار اليه المرحوم أبوهيف بك .

أما السندات الأجنبية فتكون لها قوة الاثبات وفقا للقانون الذى يحكمها من حيث الشكل . وظاهر أن لا محل هنا لفحصها من حيث حجة الشيء المحكوم فيه أو قوته .

المبحث الثالث

فى

الاتفاقات الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية

٣٩٠ — وقد عقدت مصر اتفاقين بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية وما يلحق بها : الأول مع السودان [(١)]، وتم الاتفاق بطريقة غريبة اذ اتفقت نظارة

---

(١) وهاك نصوص هذه القوانين ، ولا شك فى وجوب معاملة الأحكام السودانية فى مصر بالمثل تطبيقا لشرط التبادل :

١ — يكون الحكم الصادر من محكمة مصرية فى أية قضية مدنية أو تجارية (غير الحكم التمهيدى) مستندا قاطعا فى السودان بين طرفى الخصوم المقيدين بهذا الحكم فيما يفصل فيه من المواد .

٢ — يكون هذا الحكم مانعا مطلقا من تجديد الدعوى فى الموضوع نفسه فى السودان وذلك فيما عدا الأحوال التى تكون المحكمة المصرية قد حكمت فيها بعدم الاختصاص .

٣ — يمكن بوجه العموم تنفيذ الحكم المصرى فى السودان بواسطة اقامة دعوى يكون فيها للمدعى ذات الحقوق التى له حق فيهــا فى الديار المصرية بأقرب ما يسمح به التفاوت بين القوانين والاجراءات فى مصر والسودان وذلك ضد أى شخص يكون مقيما فى السودان أو يكون له أموال فيه .

٤ — الأحكام الصادرة من أجل دين أو مبلغ معين آخر لا حاجة لاقامة الدعوى ثانية فى السودان بالنسبة لها اذ أن الحكم ينفذ بالكيفية عينها كما لو كان صادرا من محكمة سودانية .

ويجب أن يتوافر فى الحكم الشروط التى تجعله صحيحا من حيث الاختصاص والاجراءات الواجب اتباعها فى الأحوال الآتية : —

(ا) فى حالة حضور الشخص المراد تنفيذ الحكم عليه أمام المحكمة المصرية أو حضور من ينوب عنه قانونا أمام تلك المحكمة .

(ب) فى حالة ما تكون ورقة التكليف بالحضور أعلنت له فى القطر المصرى . =

الحمانية المصرية ! ! مع القلم القضائى لحكومة السودان على وضع قانون يعين قوة أحكام المحاكم المصرية فى السودان على اختلاف أنواعها . و بناء على ذلك الاتفاق صدر فى السودان قانون سنة ١٩٠١ بخصوص تنفيذ الأحكام الأهلية والشرعية، ثم قانون سنة ١٩٠٤ بخصوص تنفيذ الأحكام المختلطة . وظاهر أن علة صدور القوانين ترجع الى الانفصال السياسى الذى تقرر بين مصر والسودان بمقتضى معاهدة سنة ١٨٩٩ اذ من المعلوم أنه قبل ذلك التاريخ كانت السيادة القضائية واحدة ، ولكنها ازدوجت بعده . ولما كانت العلاقة بين البلدين بعد حصول المعاهدة ما زالت وثيقة فان الاتفاق السالف لم يتم بالطرق السياسية المعتادة بل تم وفقا للطريقة التى بيناها .

= (ج) أن يكون المحكوم عليه من الرعايا المصريين الذين محل سكنهم أو اقامتهم الاعتيادية فيه .

(د) أو فى حالة ما تكون الدعوى متعلقة بمال كائن فيه أيضا .

(هـ) أو كان سبب الدعوى عقدا حصل فى القطر المصرى أو قصد تنفيذه كله أو بعضه فيه أو نشأ عن أمور وقعت فيه كلها أو جزء منها .

ويلزم فى هذه الأحوال أن يظهر من الحكم أو من طريقة أخرى أن ورقة التكليف بالحضور أعلنت قانونا طبقا للقواعد المقررة فى القوانين المصرية ، وعلى من يراد التنفيذ ضده أن يثبت عند ما يطلب للحضور أمام مدير الجهة الساكن فيها أو المولود بها ماله المراد التنفيذ عليه أنه لم يحضر أمام المحكمة المصرية أو أن الحكم قد تم الحصول عليه بطريق الغش .

ومع كل ذلك فان القواعد الواردة فى القانون السودانى لاتسرى مطلقا على أى حكم مصرى يراد التمسك به أو التنفيذ بمقتضاه فى السودان فى الأحوال الآتية :

(ا) اذا كان الحكم فاصلا فى ملكية عقارات موجودة فى بلد غير القطر المصرى أو فى وضع اليد عليها أو فى شأن أى رهن أو حق عينى آخر عليها أو منح تعويضات أو بسبب ضرر حدث بالنسبة لها .

(ب) اذا كان الحكم صادرا ضد حكومة السودان أو أى موظف فى تلك الحكومة بسبب أى عمل رسمى .

(ج) اذا كان الحكم صادرا فى مادة الافلاس .

ففى هذه الأحوال لا يكون للحكم المصرى قيمة فى السودان فى كل ما ورد من القواعد المتقدمة .

أما الاتفاق الثانى [1] فقد تم مع فلسطين فى ١٢ يناير ١٩٢٩ . ويرمى هذا

---

(١) وهاك نصوص الاتفاق :

مادة ١ — الألفاظ الآتى بيانها تؤدى فى هذا الاتفاق المعانى الآتى ذكرها ما لم يستوجب سياق الكلام فهمها على وجه آخر .

المقصود من كلمة « حكم » كل حكم أو أمر صادر من محكمة فى أية دعوى مدنية أو تجارية أو من محكمة دينية قائمة قانونا وقاض بدفع مبلغ من النقود سواء أكان صدوره قبل العمل بهذا الاتفاق أم بعده و لذلك كل قرار يصدره المحكمون فى مادة من المواد المذكورة اذا كانت له بمقتضى القانون المعمول به فى البلد الذى صدر فيه نفس القوة التنفيذية التى لأحكام المحاكم فيها .

والمقصود من عبارة « المحكمة الأصلية » بالنسبة الى أى حكم : المحكمة التى صدر ذلك الحكم منها .

والمقصود من عبارة « محكمة التسجيل » بالنسبة الى أى حكم : المحكمة التى تسجل ذلك الحكم .

والمقصود من لفظة « الدائن » الشخص الذى صدر الحكم لصالحه وكذلك الذين يتلقون حقوقهم عن ذلك الشخص .

والمقصود من لفظة « المدين » الشخص الذى صدر الحكم عليه ويشمل كل شخص يمكن طلب تنفيذ الحكم ضده فى البلد الذى صدر الحكم فيه .

مادة ٢ — كل حكم صادر من محكمة مدنية أو تجارية أو من محكمة دينية قائمة قانونا فى القطر المصرى أو فلسطين يكون نافذا فى كل من البلدين طبقا للاجراءات والشروط الآتية :

مادة ٣ — ١ — يجب على الخصم الذى يريد تنفيذ حكم فى القطر المصرى صادر من محكمة فلسطينية أن يستصدر فى خلال سنة من تاريخ ذلك الحكم أمرا بتنفيذه من رئيس المحكمة الابتدائية الأهلية أو المختلطة (حسب الأحوال) الكائنة فى دائرتها الجهة أو احدى الجهات الواجب التنفيذ فيها ويستصدر هذا الأمر فى صيغة الأوامر التى تحرر على عرائض الخصوم .

٢ — تسرى على أوامر التنفيذ التى تصدر فى مصر وفقا لهذا الاتفاق القواعد المتعلقة بالتظلم من الأوامر الصادرة عرائض الخصوم وبالمواعيد وبوجه عام جميع قواعد المرافعات المعمول بها فى مصر بشأن مثل هذه الأوامر .

٣ — يجب على الخصم الذى يريد أن ينفذ فى فلسطين حكما صادرا من محكمة مصرية أن يلتمس فى خلال سنة من تاريخ ذلك الحكم أمر رئيس المحكمة المركزية التى سيحصل التنفيذ فى دائرتها بتسجيل الحكم فيها .

٤ — الأمر بتسجيل الحكم فى فلسطين يكون قابلا للفسخ بناء على طلب من قبل المدين وذلك بالطرق المقررة لفسخ تسجيل الأحكام أو طبقا للقانون الصادر فى سنة ١٩٢٢ بشأن =

الاتفاق الى تسهيل تنفيذ أحكام كل من البلدين . وقد اعتبر الاتفاق أن الأحكام

= تبادل تنفيـذ الأحكام أو طبقا لأى قانون آخر يحل محله .

مادة ٤ — ١ — يجب على الدائن الذى يطلب تنفيذ حكم أن يقدم مع عريضته صورة من ذلك الحـكم مستوفاة الشروط اللازمة لـكى تعتبر صحيحة بموجب قانون البلد الذى صدر الحـكم فيه ومشمولة بالصيغة التنفيذية ويجب أن يكون امضاء وختم السلطة التى حررت تلك الصورة مصدقا عليهما من وزير الحقانية فى مصر أو من ينوب عنه بالنسبة للأحكام المصرية ومن السكرتير العام لحـكومة فلسطين أو من ينوب عنه بالنسبة للأحكام الفلسطينية .

٢ — يجب على الدائن أن يثبت لرئيس المحـكمة التى يطلب منهـا التنفيذ أن الحـكم المطلوب تنفيذه ليس بصدده معارضة أو استئناف لم يفصل فيه وذلك ما لم يكن هذا الحـكم بحسب قانون البلد الذى صدر فيــه مشمولا بالنفاذ المؤقت ولو مع حصول المعارضة أو الاستئناف .

مادة ٥ — ليس لرئيس المحـكمة الذى يطلب منــه أمر التنفيذ أن يبحث فى موضوع الدعوى مطلقا وليس له أن يرفض اصــدار الأمر بالتنفيذ أو بالتسجيل الا فى الأحوال الآتيــة :

أ — اذا كانت المحـكمة الأصلية غير مختصة بنظر الدعوى .

ب — اذا كان المدين لا يقيم عادة فى دائرة المحـكمة الأصلية أو ليس له فيها محل تجارة أو لم يكن يتعاطى أشغالا فيها وقت رفع الدعوى أو لم يكن طرفا فى عقــد تجارى كان هو موضوع الدعوى وكان يراد تنفيذه كله أو بعضه فى دائرة اختصاص تلك المحـكمة ثم لم يحضر مختارا أمام المحـكمة ولم يقبل الخضوع لقضائها بطريقة أخرى أو يتفق على قبوله كما اذا كان على وجه الخصوص اتخذ له محلا مختارا فى دائرتها .

ج — اذا لم يكلف المدين وقد كان مدعى عليه فى الدعوى تـكليفا قانونيا بالحضور أمام المحـكمة الأصلية ولم يحضر أمامها حتى ولو كان المدين يقيم عادة فى دائرة المحـكمة المذكورة أو كان له فيها محل تجارة أو كان قد اتفق على قبول الخضوع لقضائها .

د — اذا كان الحـكم يقضى باجابة طلب لا يجوز قبوله أمام محاكم البلد المطلوب التنفيذ فيه لأسباب تتعلق بالنظام العام .

هـ — اذا كان تنفيذ الحـكم يتنافى مع المعاهدات أو الاتفاقات الدولية المعمول بها فى البلد المطلوب التنفيذ فيه .

و — اذا كان الحـكم المطلوب تنفيذه يناقض مناقضة مطلقة حكما آخر صادرا بين نفس الخصوم وفى ذات الوقائع من احدى محاكم البلد المطلوب التنفيذ فيه .

ز — اذا وقع من الخصم الآخر غش شخصى من شـأنه التأثير فى رأى القضاة أو اذا اعترف بأن الأوراق التى بنى الحـكم عليها مزورة أو صدر حكم باعتبارها مزورة . =

القنصلية الصادرة فى مصر أحكام أجنبية . وهذا هو الوضع الطبيعى (مادة ٧) كما أن مدة الاتفاق قد حددت بخمس سنوات قابلة للتجديد سنة بعد أخرى عند انتهاء المدة الأولى .

وأغلبية المبادىء المقررة فى هذا الاتفاق مأخوذ بها قضاء فى مصر بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية على العموم وبخاصة فيما يتعلق باستيفاء الشروط الخارجية (مادة ٥) وأحكام الاختصاص العام (مادة ٧) . فوجود هذه المبادىء فى الاتفاق قاطع لكل شك فيما يتعلق بوجوب الأخذ بها وتطبيقها .

= مادة ٦ — أمر التنفيذ أو التسجيل يترتب عليه اعطاء الحكم الأجنبي نفس الأثر والقوة التنفيذية التي تمكن من اتخاذ الاجراءات كما لو كان صادرا من احدى محاكم البلد المطلوب التنفيذ فيه . ويكون من اختصاص المحكمة التي أصدر رئيسها أمر التنفيذ أو التسجيل الفصل فى كل الاشكالات أو المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الحكم كما لو كان صادرا منها نفسها .

مادة ٧ — لا يسرى هذا الاتفاق بأى وجه من الوجوه على الأحكام الآتية الصادرة فى مصر أو فلسطين .

(ا) الأحكام التي تفصل فى ملكية أو حيازة الأملاك العقارية الواقعة خارج البلد الذى صدر الحكم فيه أو فى حقوق الارتفاق أو الرهن العقارى أو الحقوق العينية العقارية مهما كان نوعها متى كانت متعلقة بعقارات واقعة خارج ذلك البلد .

(ب) الأحكام التي تصدر ضد حكومة أحد البلدين المتعاقدين أو ضد أحد موظفيها بسبب أعمال قام بها أثناء تأدية واجبات وظيفته .

(ج) الأحكام التي تصدر من المحاكم القنصلية أو غيرها من المحاكم الأجنبية القائمة فى مصر بموجب الامتيازات أو غيرها فى الاتفاقات الدولية .

مادة ٨ — (١) يسرى هذا الاتفاق لمدة خمس سنوات ويعمل به بعد تاريخ التوقيع عليه بخمسة عشر يوما .

(٢) وان لم تعلن احدى الحكومتين المتعاقدتين الأخرى قبل انتهاء مدة الخمس السنوات بسنة برغبتها فى تعطيل أثر هذا الاتفاق يستمر العمل به مدة سنة أخرى وهكذا على التوالى سنة فسنة الى أن تنقضى سنة من تاريخ اليوم الذى تخطر به احدى الحكومتين الأخرى بعدم رغبة التجديد .

وضع هذا الاتفاق باللغتين العربية والانجليزية وكلاهما أصل معتمد .

الكتاب الثالث

في

الجنسية المصرية والموطن والدين

تمهيد

٣٩١ — اذا نظرنا الى الأشخاص الذين يعيشون على اقليم دولة معينة وجدنا أنهم ينقسمون الى قسمين ، الوطنيون والأجانب . ولا شك فى أن أغلبية مسائل تنازع القوانين ترجع فى أساسها الى أن أحد طرفى العلاقة القانونية أجنبى يدين بالولاء لدولة أجنبيـة . ازاء هذه الاعتبارات كان من اللازم الوقوف على جنسية الأشخاص للتحقق من وصف العلاقة القانونية ، وبالتالى لمعرفة القانون المختص وكذلك المحكمة المختصة . والواقع أنه اذا أمكننا تحديد من هو الوطنى سهل علينا تحديد من هو الأجنبي . ولكن لما كان الأجانب الموجودين على أراضى دولة ينتسبون الى دولة مختلفة ، فانه من الأسهل أن نبدأ بتحديد من هو الوطنى ، اذ أننا نعرض بذلك لبحث جنسية واحدة ، ينظمها عادة قانون واحد .

وقد قلنا فيما مضى أن من رأى بعض الكتاب الابتعاد عن شرح أحكام قانون الجنسية فى مادة القانون الدولى الخاص ، ومع اعترافنا بوجاهة هذا الرأى من الوجهة العلمية البحتة فاننا مع ذلك نجرى على عكسه هنا احتراما للتقاليد التعليمية المرعيـة فى أغلب كليات الحقوق فى العـالم ، ومقتضاها اعتبار دراسة الجنسية داخلة ضمن مادة القانون الدولى الخاص .

ونلفت الأنظـار منذ البداية الى أن دراسة الجنسية تقوم على النصوص التشريعية الوطنية فى كل دولة ، وأن النصوص فى أغلب الأحيان وافية ، بحيث لايرى حاجة للرجوع الى العادات الدولية أو الى غيرها من المصادر الأخرى فى القانون الدولى الخاص ، كما هى الحال فى مسـائل تنازع القوانين . فلا محل هنـا اذن للخلافات الشاسـعة فى الحلول ، ولا محـل عادة للغموض لأن التشريع فى مسائل الجنسية معتاد وشائع ، ويقصد به أن تجرى الدولة مقتضيات سيادتها على الأفراد الداخلين فى تكوينها ، فهو تشريع فى الأصل بعيد عن المساس بسيادات الدول الأخرى .

على أنه رغم كثرة النصوص التشريعية فى هذا المجال ، فمن المشاهد أنها

تختلف اختلافا بينا فى كل دولة عنها فى الأخرى . وهذا الاختلاف طبيعى لأن كل دولة عند تشريعها فى مسائل الجنسية تتأثر بوجهة نظر فردية بحتة ، اذ تعتبر مسائل الجنسية متعلقة بكيانها الذاتى و بوجودها فى المجتمع الدولى ، ولكن ليس معنى ذلك أن لها حق الاعتداء على حقوق الدول الأخرى فى هذا المنحى .

ولقد رأينا فى خلال دراستنا للحلول العملية فى مسائل تنازع القوانين فى مصر أنه يقصد بالقانون الشخصى [1] قانون الجنسية بالنسبة للأجانب ، وقانون الديانة بالنسبة للمصريين ، ولذا كانت دراسة الديانة فى مصر ملحقة بدراسة الجنسية . ولكن لما كان بعض التشريعات يعتبر قانون الموطن بمثابة القانون الشخصى ، فان من المفيد أن ندرس الأحكام الخاصة بالموطن وفقا لهذه الشرائع وعلى الأخص اذ لاحظنا أن الحركة التشريعية الحديثة تميل الى اخضاع أهلية الأشخاص لقانون موطنهم بدلا من قانون جنسيتهم [2] .

ومما تقدم يتبين أن دراستنا فى الكتاب الثالث تشمل الجنسية المصرية والموطن والدين على التعاقب ونبدأ بأكثرها أهمية وهى الجنسية المصرية .

---

(١) راجع قبله ٢٢٧ .

(٢) راجع قبله ٢٧٠ .

الفصل الأول

فى
الجنسية المصرية

المبحث الأول
مبادىء أولية

٣٩٢ — أثارت مسائل الجنسية وما يتعلق بها أبحاثا كثيرة من جانب الكتاب والهيئات العلمية ، وعلى الأخص بعد الحرب العالمية [١] . وكان من الطبيعى ، بجانب تلك الحركة الفقهية ، أن تنشط الحركة التشريعية فى هذا النطاق ، فما من دولة متمدينة الا وعدلت ونقحت فى قانون جنسيتها بما يتفق مع مصالحها الجديدة ومع ما اكتسبته من تجارب فى غضون الحرب [٢] .

٣٩٣ — فما هو المراد بالجنسية ؟ اذا سئل شخص عن جنسيته فانه يجيب بأنه مصرى أو فرنسى أو انجليزى الخ . فما معنى ذلك ؟ لا شك فى أن المقصود بيان انتسابه الى أمة معينة ، فيمكن اذن تعريف الجنسية فى ضوء هذا المعنى السابق بأنها وصف فى الشخص يفيد كونه عضوا فى أمة معينة [٣] ، وهذا الوصف جزء من حالته السياسية ، ولا يقوم على وجوده علاقة قانونية بينه و بين هذه الأمة

---

(١) انظر المراجع الكثيرة التى أشير اليها فى موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٢٣٦ — ٢٤٥ ومجهودات الهيئات العلمية فى نفس المرجع ٢٤٧ — ٢٤٩ .

(٢) وتوجد بيانات كافية فى هذا الشأن فى مؤلف Bourbousson وعنوانه « Traité générale de la nationalité dans les cinq parties du monde » وفيه استعرض المؤلف قوانين العالم بالنسبة لثلاث مسائل هامة وهى : ١ — مركز المرأة المتزوجة ، ٢ — التجنس ، ٣ — فقد الجنسية . وقد أخرج الكتاب فى سنة ١٩٣١ .

(٣) قارن التعريف الذى قال به Weiss . ١ حيث يقرر أن الجنسية هى العلاقة بين شخص وأمة معينة .

وانما يقوم على وجود علاقة معنوية اجتماعية أساسها اتحاد فى اللغة والجنس race والعادات والمطامع والرغبة فى المعيشة المشتركة (١) .

ومعنى الجنسية السابق الذكر هو المعنى الدارج الجارى على الألسن ، ولكن للجنسية معنى آخر فى لغة القانون ، فيعرفونها بأنها العلاقة القانونية بين شخص ودولة معينة (٢) ، فهل هناك فارق كبير بين التعريفين ؟

٣٩٤ — اذا نظرنا الى التعريف الأول وجدنا أنه يهتم بالوجهة الشخصية اذ يعتبر الجنسية وصفا فى الشخص قبل كل شىء ، وذلك بخلاف التعريف الثانى الذى يهتم بالوجهة الموضوعية فيعتبر الجنسية علاقة قانونية . فوفقا للتعريف الأول يمكن اعتبار العلاقة الموجودة علاقة اجتماعية ، والحال تخالف ذلك فى التعريف الثانى ، اذ العلاقة قانونية بحتة تترتب عليها حقوق وواجبات معلومة . وعلاقة الفرد بالدولة على الوجه السابق أقرب الى أن تكون علاقة تبعية ناشئة عن انتساب appartenance الفرد للدولة ، أكثر منها علاقة طبيعية نشأت بسبب تكامل ظروف معينة . وعلى أية حال فان التعريفين يقران بوجود علاقة وانما الخلاف بينهما يدور حول وصف هذه العلاقة . واذا تأملنا فى الأمر وجدنا أنه يصعب وصفها بأنها قانونية أو اجتماعية بحتة ، فهى فى الواقع مختلطة الطبيعة ، وكثيرا ما أدت أطماع الدول الى جعلها صناعية أكثر منها طبيعية .

---

(١) قارن مؤلف Le Fur وعنوانه "Races, Nationalités, Etats" . باريس ١٩٢٢ . ١٠٠ حيث يقرر أن أهم العوامل فى تكوين الأمة ، والدولة بالتالى ، اللغة المشتركة ، ولو أن هذا العامل لا يعتبر مقياسا وثيقا دائما ، اذ أن سويسرا دولة تتألف من أفراد يتكلمون لغات مختلفة كما أن أهل ايرلندا يتكلمون الانجليزية ومع ذلك يتوقون دائما الى الانفصال عن انجلترا. وانظر بالنسبة لتأثير الجنس مؤلف Robert Redslob وعنوانه Le principe des nationalités ٧٠ — ٧٦ حيث يقرر أن للجنس تأثيرا غير مباشر فى الجنسية ٧٢ . ويقصد بالجنس الاتحاد من حيث المميزات الخلقية الناتجة عن الامتزاج فى الدم .

(٢) قارن التعريف الذى قال به Valéry . ١٢٤ حيث يقرر أن الأمة من الوجهة القانونية ان هى الا مجموعة أفراد خاضعين لحكم سيادة واحدة . وكذلك التعريف الذى قال به Lerebours-Pigeonnière فى مختصر دالوز ٤٣ وهو أن الجنسية علاقة سياسية وقانونية تخلقها الدولة باعتبارها شخصا دوليا بينها وبين فرد معين فتجعله عضوا فيها .

والظاهر أن للعوامل الاجتماعية والأرضية ethnologique دخلا كبيرا فى التعريف الأول ، ولذا حدد علاقة الجنسية بأنها علاقة فردية بأمة لابدولة كما فى التعريف الثانى . ومعلوم أن هناك اختلافا بين الأمة والدولة ، فالأمة وحدة اجتماعية أرضية ، أما الدولة فوحدة قانونية سياسية ، أو بعبارة أخرى هى الأمة فى وضعها القانونى ، فليست كل أمة دولة بل على العكس قد تتحد جملة أمم على انشاء دولة واحدة ، وقد تقسم الأمم رغم أنفها الى أجزاء كل منها يضم الى دولة كما كانت حال الأمة البولونية قبل الحرب العظمى الى أن استقلت بمعاهدة فرساى ، وكما هو حاصل الآن ، أن بعض أجزاء من الأمة الألمانية ، ومن الأمة المجرية قد ضم الى تشيكوسلوفاكيا [١] . فلو سارت الأمور على مجراها الطبيعى لأصبحت كل أمة دولة . وهذا هو مبدأ الجنسيات principe de nationalités الذى قال به Mancini فى محاضرته الشهيرة بفلورنسا سنة ١٨٥١ [٢] . وخلاصة ماتقدم أنه ليس هناك فى الواقع فارق كبير بين الأمة والدولة . ويمكننا أن نقرر أن الخلاف بين التعريفين ليس محسوسا من هذه الوجهة .

وفى اعتقادى أنه ربما كان من الأوفق أن نجمع بين التعريفين السابقين فنقول ، ان الجنسية وصف فى الشخص يفيد وجود علاقة قانونية بينه وبين دولة معينة .

٣٩٥ — وكما تلحق الجنسية الأشخاص الذاتيين فانها تلحق أيضا الأشخاص المعنوية وذلك من باب المجاز فحسب ، فتتمتع الشركات بالجنسية [٣] . كما يصح أيضا أن تلحق الأشياء فيعترف بالجنسية للسفن والطائرات .

---

(١) ويقولون ان حق الأمة فى الظهور بمظهرها القانونى الطبيعى وهو تكوين دولة لا يمكن أن يسقط بالتقادم قارن Weiss . ١ . ومختصر دالوز ٤٤ — ٤٥ .

(٢) قارن مؤلف Hauser وعنوانه Le principe des nationalités ١٩٢٦ ومؤلف Robert Redslob السابق الاشارة اليه وكذلك Messina . ٢ . ١١ .

(٣) انظر فيما بعد المبحث الخاص بالأشخاص المعنوية الأجنبية فى مصر .

٣٩٦ — أما وقد انتهينا من تعريف الجنسية فيلزمنا أن نبين مقدار أهميتها من الوجهة العملية ، فما هى أهمية الجنسية ؟

لمعرفة جنسية الشخص أهمية كبرى ، اذ يمكننا بذلك معرفة من هو الوطنى ومن هو الأجنبى . و يتمتع الوطنيون عادة بحقوق أوسع من الأجانب ، ولكنهم فى مقابل ذلك يتحملون بالتزامات أشد [(١)] . والواقع أن الحقوق السياسية مقصورة دائما على الوطنيين دون الأجانب ، كما أن نصيب الوطنى فى الحقوق العامة أكبر فلا يصح مثلا ابعاده عن أراضى الدولة ، ولا يصح كذلك تسليمه لدولة أخرى لأنه ارتكب جريمة على أراضيها ، وفوق هذا فان للوطنى الحق فى التمتع بحماية الهيئات السياسية الوطنية عند ما يكون فى الخارج ، وعليه القيام بالخدمة العسكرية. هذا بالنسبة للحقوق السياسية ، والحقوق العامة ، أما بالنسبة للحقوق الخاصة فانه قد يحصل أحيانا أن يتمتع الوطنيون بنصيب أوفر ، الا أن أغلبية الدول تميل فى الوقت الحاضر الى التسوية بين الأجانب والوطنيين فى المعاملة و بخاصة اذا كان الأجانب متوطنين فى أراضيها [(٢)] .

وللجنسية أهميتها أيضا فى حل مسائل تنازع القوانين ، اذ عليها تتوقف فى بعض الأحوال معرفة القانون الذى يحكم المسائل الداخلة فى نطاق الأحوال الشخصية لما هو معلوم من أن أغلبية الدول تخضعها لحكم قانون الجنسية ولو أن البعض الآخر يخضعها لقانون الموطن كانجلترا والدانمارك مثلا . أما فى مصر فللجنسية من هذه الوجهة أهمية أكبر اذا رأينا النطاق الواسع الذى يطبق فيه

---

(١) ونظرا لوجود التبادل بين الحقوق والالتزامات يرى البعض أن الجنسية علاقة تعاقدية تبادلية كما سنبينه بعد . قارن مؤلف Cogordan فى الجنسية . ٧ وما بعدها . ويسير الفقه الحديث على عكس ما تقدم . قارن مختصر دالوز . ٤٧ .

(٢) وسنرى فيما بعد (الكتاب الرابع) أن الوضع مقلوب فى مصر بالنسبة للحقوق العامة والحقوق الخاصة اذ يتمتع الأجانب المتازون ومن يلحق بهم بامتيازات تجعل السلطات المصرية مقيدة تجاههم على خلاف ما هو سائد فى أنحاء العالم المتمدين ، قارن مع ذلك أحكام المادتين ٣ و ٧ من دستور سنة ١٩٢٣ .

القانون الشخصى . كما أنه يرجع اليها من أجل تحديد الاختصاص العام للمحاكم المصرية ، وكذلك لتحديد الاختصاص الخاص لهذه المحاكم ، وذلك نظرا لتعدد الهيئات القضائية فى داخل البلاد .

ويضاف الى كل ما تقدم أن الدولة قد تعقد معاهدات مع دولة أو دول أخرى فمن المهم معرفة الأشخاص الذين يتاح لهم الاستفادة من أحكام هذه المعاهدات وهل هم من رعايا الدول الطرف فى المعاهدة أو لا [١] .

٣٩٧ — هذا وتوجد فى اللغة القانونية جملة اصطلاحات تستعمل للتعبير عن وجود علاقة تبعية بين شخص ودولة . فنى اللغة الفرنسية يستعملون الاصطلاحات الآتية : national ، citoyen ، ressortissant ، sujet ويقابلها باللغة العربية وطنى ، مواطن ، تابع ورعية . فما هو الفارق بينها جميعا ؟ أما كلمة وطنى فيراد بها فى الوقت الحاضر كل من يتمتع بجنسية الدولة ولو أنه لا يتمتع بكامل الحقوق السياسية فالنساء الفرنسيات محرومات من حق الانتخاب ، وذلك لا يتعارض مع كونهن فرنسيات ، وكذلك الحال بالنسبة للنساء المصريات [٢] . والمواطن هو الشخص الذى يتمتع بجنسية الدولة مع تمتعه بكامل حقوقه السياسية . فكلمة وطنى اذن أوسع فى نطاقها من كلمة مواطن ولو أن هذه الأخيرة تفيد تمتع صاحبها بحقوق أكثر ، فهى أوسع من حيث الآثار المترتبة عليها . أما كلمة تابع فانها تشمل فى معناها الضيق stricto sensu الوطنيين الأصليين الحقيقيين دون غيرهم ولكن يدخل فى معناها الواسع ، وطنيو الدول المحمية والدول تحت الانتداب ، وان كان العرف الدولى قد جرى على استعمال عبارة خاصة بهؤلاء

---

(١) قارن Poullet . ٥٠ وكذلك Surville ٦٦ — ٦٨ حيث يقرر أن بحث مسألة الجنسية يحصل عادة بطريقة فرعية عند نظر نزاع متعلق بالقانون الخاص .

(٢) انظر Cogordan . ٨ وموسوعة القانون الدولى تحت كلمة Nationalité نبذة ١٩ حيث تجد بعض تفصيلات مفيدة .

الأشخاص وهى كلمة administrés [١] كما يدخل فيها الأشخاص الذين اكتسبوا حماية دولة أجنبية فى بلاد تقوم فيها الامتيازات كمصر ، فالشخص الذى اكتسب حماية فرنسية أو ايطالية لا يعتبر فرنسيا أو ايطاليا من حيث الجنسية ولكنه مع ذلك تابع ressortissant لفرنسا أو لايطاليا على حسب الأحوال . ونذكر بهذه المناسبة أن المعاهدة الألمانية المصرية التى تمت فى سنة ١٩٢٥ قد سوت فى نصوصها فى المعنى بين اصطلاحى ressortissant و national [٢] .

أما كلمة sujet فتشمل الوطنيين الحقيقيين وكذلك وطنى الدول الأخرى التابعة . فالهندى يعتبر رعية انجليزية British subject ولكنه ليس انجليزيا حقيقيا ، اذ يطلق على الانجليزى الحقيقى عبارة British born subject ومع ذلك فمن الشائع استعمال كلمة sujet كمقابلة لكلمة ressortissant وسنبين فيما بعد المراد بكلمة رعية محلية فى مصر sujet local وذلك عند شرحنا لأحكام قانون الجنسية المصرى الأخير .

ونلفت النظر الى اصطلاح فرنسى قديم ، هو « allegéance » ومعناه « الولاء » . وما زال الكتاب الانجليز [٣] يستعملونه حتى اليوم فى تعريفهم للجنسية وذلك بايراد مرادفه الانجليزى ، وهو كلمة allegiance . ويراد بهذا الاصطلاح الاشارة الى رابطة الولاء التى تربط الفرد بمليكه . فالفرنسى القديم

---

(١) قارن Pillet-Niboyet حيث يشير الى أن هذه التسمية تشمل وطنى الدول الواقعة تحت الانتداب ما عدا سوريا ولبنان حيث صدر حكمان من المندوب السامى الفرنسى منظمان لصفة الواطنين السوريين واللبنانيين وذلك فى سنة ١٩٢٤ . وقارن مجموعة « أصبجى وكولوميانى » ١١٧ — ١٢٧ بشأن مركز هؤلاء الرعايا فى مصر مع تعقيب خاص للأستاذ أصبجى .

(٢) راجع المادة الرابعة من المعاهدة والفقرة المفسرة لها فى ملحق المعاهدة . مما قد يثير التساؤل حول مركز أصحاب الحمايات الألمانية سابقا . ونصوص هذه المعاهدة منشورة فى كتاب « أصبجى وكولوميانى » ١٨١ وكذلك فى Clunet . ١٩٢٦ . ٢٢٩ .

(٣) راجع Dicey . ١٦٧ .

كان رعية ملك فرنسا ، كما هى الحال بشأن انجليزى اليوم اذ يعتبر أنه رعيـة جلالة ملك بريطـانيا العظمى . فهذا الاصطلاح أثر من آثار الحكم الاقطاعى اذ يشير الى علاقة الولاء المطلق بين الموالى vassaux والسادة suzerains وقد انتهى استعماله فى فرنسا عقب الثورة الفرنسية[١] .

٣٩٨ — رأينا أن الجنسية هى فى الواقع علاقة بين شخص ودولة معينة وأن هذه العلاقة تتحدد بنصوص تشريعية تضعها الدولة فتبين فيها من هم رعاياها الذين يساهمون فى تكوينها ووجودها . فهل تدخل هذه النصوص ضمن القـانون العام أو القانون الخاص ؟ أو بعبارة أعم هل تعتبر الجنسية من القانون العـام أو من القانون الخاص ؟

أشرت فيما مضى الى وجود خلاف كبـير فى هذا الشأن وأعود اليـه هنا مفصلا . فمن الشراح الفرنسيين[٢] من قال بدخولها فى القانون الخاص واستند فى ذلك على ما يأتى : أولا — أن النصوص المتعلقة بالجنسية الفرنسية قد وضعت فى المجموعة المدنية فلو لم تكن جزءا من القانون الخاص لاختار لها المشرع مكانا آخر . على أنه من السهل دفع هـذه الحجة لأنه فى تشريعات دول متعددة قد وردت النصوص المتعلقة بالجنسية فى الدستور وكذلك فى قوانين منفصلة . وزيادة على ما تقدم فان موضع النصوص التشريعية ليس من شـأنه أن يغـير أو يؤثر فى طبيعتها ، فهناك نصوص كثيرة متعلقة بالقانون العام وموجودة مع ذلك فى المجموعة المدنية الفرنسية ، ومثالها المـادة الثانية الخاصة بالأثر اللارجعى للقوانين ، ونص

---

(١) وهناك أيضا كلمة indigénat وتفيد الانتساب الى مقاطعة داخلة فى دولة كما هى الحال فى سويسرا . ولها استعمال خاص فى مصر سنشير اليه فيما بعد .

(٢) انظر Surville ٦٩ وتعليق Audinet على حكم محكمة النقض الفرنسية الصـادر فى ٢ فبراير ١٩٢١ . سيرى ١٩٢١ . ١ . ١١٣ . هذا ونلفت الأنظار بهـذه المناسبة ، أن شرح الجنسية كان يرد عادة فى كتب القانون المدنى فى فرنسا ، وذلك على اعتبار أنهـا ضمن موضوعاته ومن هـذا الرأى أيضا Weiss اذ يعتبر الجنسية جزءا من حالة الشخص . مؤلفه المطول . ١ . ٦٩٤ .

المادة ٥٣٨ بشأن الملك العام الخ . فيجب اذن عدم الخلط بين الشكل والموضوع اذ انتهى عهد الرومان الذى كان فيه الشكل متغلبا على الموضوع . هذا ولقد صدر أخيرا فى فرنسا قانون سنة ١٩٢٧ ، و به نظمت الجنسية الفرنسية تنظيما حديثا ، منفصلا عن المجموعة المدنية ، قائما بذاته ، وفى أعماله التحضيرية مايدل على نية المشرع الظاهرة فى اعتبار الجنسية داخلة ضمن القانون العام (١) .

ثانيا — أن ثبوت جنسية معينة لشخص من شأنه أن يؤثر فى حقوقه الخاصة وفى حالته (٢) كما سبق أن أوضحناه . ولكن يرد على ذلك بأن ثبوت الجنسية لشخص من شانه أن يؤثر من الجهة الأخرى فى حقوقه العامة أو السياسية وأن المشرع عند مايضع تشريعا خاصا بالجنسية فانه يوجه انتباها كبيرا الى الحقوق العامة والسياسية قبل كل شىء آخر ، وذلك نظرا لأن الدولة ترمى هنا الى بيان الأشخاص الداخلين فى تكوينها (٣) . والواقع أننا اذا نظرنا الى الآثار المترتبة على الجنسية وجدناها أكثر اتصالا بالقانون العام منها بالقانون الخاص (٤) .

ثالثا — ان مسائل الجنسية تقع فى اختصاص المحاكم القضائية دون المحاكم الادارية ، وهذا يدل دلالة واضحة على أنها داخلة ضمن القانون الخاص ، ولكن

---

(١) راجع Pillet-Niboyet . ٩٧ حيث يشير الى تقرير Mallarmé فى هذا الصدد .

(٢) قارن Weiss المرجع السابق الاشارة اليه . وفى اعتقادنا أن تعلقها بالحالة ليس معناه أنها داخلة ضمن الأحوال الشخصية اذ أن الحالة هنا يراد بها الحالة السياسية status civilis لا الحالة العائلية ولذا نعتقد فى تعلقها بالنظام العام .

(٣) وعلى ذلك من المحتمل جدا أن تفرض الدولة جنسيتها على أشخاص لا يرغبون فيها ولكنهم مع ذلك يرغمون على تحمل هذه الجنسية ما دام ذلك فى مصلحة الدولة . فالجنسية على هذا الأساس مظهر من مظاهر سيادة الدولة الاقليمية راجع مقال Pillaut المجلة ١٩١٥ — ١٩١٦ — ١٤ .

(٤) قارن Bartin . ١ ، ٦ وكذلك مختصر دالوز ٤٦ ومقال De Lapradelle فى مجلة الدراسات التشريعية الفرنسية ١٩١٨ . ٣٥ .

يرد على ذلك أنصار الرأى العكسى بأن المحاكم القضائية تختص أحيانا بنظر مسائل داخلة ضمن القانون العام .

ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة قضت بأن مسائل الجنسية هى من المسائل الداخلة ضمن القانون العام ، ولو أن نصوصها وردت فى المجموعة المدنيه . ولقد صدر هذا الحكم الهام فى ٢ فبراير سنة ١٩٢١ [(١)] وسنرى أهمية هذه المسالة فيما يختص بسريان قوانين الجنسية على الماضى ومقدار التمسك بالحقوق المكتسبة .

والواقع أن قواعد الجنسية ذات طبيعة مزدوجة وذلك لتأثيرها فى الحالة الشخصية للفرد من جهة وتعلقها بالدولة من جهة أخرى فيصعب القول بصفة مطلقة بأنها داخلة ضمن القانون العام أو ضمن القانون الخاص [(٢)] . ومع ذلك فان الرأى الراجح فى أوروبا هو اعتبارها ضمن القانون العام ، وقد قال شارح Pillaut [(٣)] بهذه المناسبة أنه اذا أبيح لى الاختيار بين القانون العام والقانون الخاص لآثرت القانون العام ، لأن الاعتبارات السياسية هى التى تسود غالبا عند التشريع فى مسائل الجنسية . ولقد اتبعت المحاكم الزمنية فى مصر هذا الرأى فاعتبرت الجنسية داخلة ضمن القانون العام ولم تعتبرها جزءا من الأحوال الشخصية فقضت بأنها هى المختصة بنظرها دون محاكم الأحوال الشخصية كما سنبينه عند الكلام فى التنازع بين الجنسيات .

---

(١) وقد نشر أيضا فى دالوز . ١٩٢١ . ١ — ١ وكانت القضية خاصة بإيقاف المدد فيما يتعلق بقانون الجنسية وذلك بسبب الحرب وفقا لما كان مقررا اذ ذاك فى فرنسا بموجب دكريتو ١٠ اغسطس ١٩١٤ فى مسائل القانون الخاص . فرفضت محكمة النقض تقرير الايقاف لأن الجنسية تدخل فى نطاق القانون العام .

(٢) انظر بحث Barrault المنشور فى المجلة ١٩٢١ . ١٤٧ وفى رأى بعض الكتاب أنه يمكن الاعتراف بوجود جنسيتين ، الأولى أصلية وتتعلق بالقانون العام والثانية ثانوية وتتعلق بالقانون الدولى الخاص أى بالمسائل الخاصة . راجع بحث Visscher فى مجلد معهد القانون الدولى ٣٣ . ٣٠ ولكن هذه الفكرة لما تصادف نجاحا .

(٣) فى مقاله السابق الاشارة اليه .

٣٩٩ — وأعرض الآن لدراسة المبادىء الأساسية التى يقوم عليها التشريع فى مسائل الجنسية . وأهم هذه المبادىء : المبدأ الذى يقول بأن المشرع الوطنى يتمتع بكامل حريته عند التشريع فى مسائل الجنسية . ولقد تأيد هذا المبدأ التشريعى مرارا من محكمة العدل الدولية [1] ، فى فتاويها الاستشارية ؛ وكذلك بمناسبة المنازعات التى رفعت اليها . أما تعليله فيتلخص فى أن قانون الجنسية انما يتصل اتصالا وثيقا بكيان الدولة ، اذ يبين من هم رعاياها الذين تتكون منهم ، لذلك كان من الطبيعى أن يترك المجال حرا للمشرع كى يتاح له المحافظة على مصالح الدولة من الوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية حسبما يراه ملائما . ومع ذلك فهذا المبدأ ليس مأخوذا به على اطلاقه بل ترد عليه بعض القيود ؛ وهذه القيود مقررة اما لمصلحة الأفراد واما لمصلحة الدول الأخرى . وتتلخص الأولى فى السماح للأفراد بتغيير جنسيتهم اذا أرادوا ، فلهم اذن أن يكتسبوا جنسية جديدة اما عن طريق التجنس أو الزواج . وهذا النوع من القيود حديث العهد اذ كان من المقرر فى العهد الاقطاعى أن الولاء لصاحب السلطان دائم . ويترتب على ذلك أن الوطنى الذى يتجنس بجنسية أجنبية تلحق به عقوبات شديدة . أما الآن فللأفراد الحق فى تغيير جنسيتهم بشروط واجراءات لا بد من اتباعها حتى يعتبر تغيير الجنسية صحيحا على الأقل فى نظر دولتهم الأصلية ، كما أنه قد زالت من الوجود تلك العقوبات القاسية القديمة .

وأراد نفر من الشراح تبرير حق الفرد فى تغيير جنسيته فقالوا ان الجنسية الأصلية التى يتمتع بها الفرد منذ ولادته انما تثبت له بفضل تعاقده مع دولته على ذلك ، وهذه هى النظرية المعروفة « بنظرية الجنسية التعاقدية » ، ومقتضاها أن الأفراد قد تعاقدوا مع دولتهم على اكتساب جنسيتها . وقد دافع عن هذه النظرية

---

(١) كما أخذت به اللجنة التحضيرية فى مؤتمر التجميع الذى عقد تحت اشراف عصبة الأمم . وانظر كذلك مقال De Lapradelle فى المجلة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ . ١٤٩ و Cogordan السابق الاشارة اليه ١٦ .

بحماس الأستاذ Weiss [(١)] واتخذها وسيلة للقول بأن للأفراد الحق فى فسخ هذا التعاقد والانتماء الى جنسية أخرى . ولكن هذه النظرية لم تصادف فى النهاية نجاحا لأنه كثيرا ما تفرض الدولة جنسيتها فرضا على رعاياها بغير انتظار لرضاهم الصريح أو الضمنى ، اذ كيف يمكن القول بأن للجنين أو حديث الولادة رضا معتبرا ، اللهم الا اذا كان ذلك عن طريق التحايل البحت المتناقض تناقضا صريحا مع الحقيقة الواقعة .

وهناك نقطة أخرى أثارتها نظرية الجنسية التعاقدية ؛ وتدور حول معرفة ما اذا كان للشخص الحق فى التمسك بالجنسية التى تقررت له على الأساس التعاقدى السابق حتى فى مواجهة الدولة نفسها ، وكذلك هل يحق للدولة أن تتخلص من التعاقد بأية طريقة تراها ؟ ولنضرب مثالا لايضاح ما تقدم : اذا فرض أن شخصا يعتبر نفسه مصريا وفقا لأحكام قانون الجنسية المصرى ، ومع ذلك فان دولة أخرى ادعت بأنه من رعاياها ، ولتكن هذه الدولة ايطاليا ، فاذا تم الاتفاق بين الحكومتين المصرية والايطالية على اعتبار هذا الشخص ايطاليا ، فهل يسرى هذا الاتفاق فى مواجهة هذا الشخص أو أن له الحق فى أن يصر على التمسك بجنسيته المصرية ؟ وان فعل فهل تعترف له المحاكم المصرية بهذا الحق أو لا ؟ واذا لم تعترف له هذه المحاكم بهذه الصفة فهل يمكنه أن يرفع أمره الى محكمة دولية باعتباره شخصا من أشخاص القانون الدولى العام أو لا ؟ لا شك فى أن المحاكم المصرية محرومة من أن تنظر فى الاتفاق الذى تم بين الدولتين كى تقضى بعكسه لأن هذا الاتفاق

(١) راجع مؤلفه المختصر ٢ — ٣ وكذلك Cogordan . ٨ وما بعدها . الذى يعتبر أن سكوت الشخص على جنسيته الأصلية يفيد رضاه بها ، كما أنه يصعب القول بأن للدولة الحق فى استبعاد رعاياها وفرض جنسية معينة عليهم رغم ارادتهم . وتجرى أغلبية الفقهاء فى الوقت الحالى على عكس الرأى المتقدم اذ يعتبرون الجنسية بمثابة حالة قانونية statut légal ومع ذلك فانهم يسلمون للأفراد بحق تغييرها بشرط استيفاء الاجراءات المقررة قانونا قارن مختصر دالوز . ٤٨ . وأساس هذه الحرية فى تغيير الجنسية بعيد عن فكرة التعاقد المفروض بين الدولة والفرد وانما يرجع الى مبدأ حرية الأفراد فى اكتساب الجنسية التى تلائمهم قارن مؤلف Zeballos . ١ . ٢٣٣ .

عمل سلطة من جانب الحكومة المصرية فالمحاكم ممنوعة من أن تبحث فيه أو فى نتائجه . أما بالنسبة للمحاكم الدولية فالأمر مشكوك فيه ، لأن الخلاف ما زال قائما بين علماء القانون الدولى العام على الاعتراف بالفرد كشخص من أشخاص القانون الدولى العام . فاذا اعترف للفرد بهذه الشخصية فلا شك عندئذ فى حقه فى أن يرفع أمره الى المحاكم الدولية كى يتمسك بجنسيته[(١)] .

٤٠٠ — وأعرض الآن لدراسة القيود المقررة لمصلحة الدول الأخرى. وهذه القيود بحسب الأصل تعاقدية ، اذ يحصل أن تتعاقد دولة مع أخرى بشأن رعاياها الذين يولدون مثلا على أراضى الدولة الأخرى حتى لا تلحقهم جنسية الاقليم كما قد يقضى بذلك التشريع الوطنى فى الدولة الأخيرة[(٢)] . وسبق أن أشرت الى المعاهدة الايطالية الفرنسية فى سنة ١٨٩٧ التى وردت فى هذا المعنى[(٣)] .

وبجانب هذه القيود التعاقدية توجد قيود أخرى تقول بها مبادىء القانون

---

(١) قارن بحث Popikofer المنشور فى Clunet ١٩٢٦ . ١١٧٥ وطائفة الأحكام المختلطة التى أشار اليها ، ومؤلف Fauchille فى القانون الدولى العام . ١ . نبذة ٣٩٧ وما بعدها .

(٢) اذ الأصل وجوب الأخذ بهذا التشريع الأخير ، ونشير بهذه المناسبة الى أن هناك طائفة كبيرة من الكتاب تقرر أن الدول التى ما زالت خاضعة لنظام الامتيازات كمصر وتركيا سابقا ، لا يمكنها أن تضع تشريعا من شأنه التأثير فى جنسية رعايا الدول الممتازة الذين يولدون على أرض غير أرضها ، فهؤلاء الأشخاص ولو أنهم مولودون على الأراضى المصرية من آباء وأجداد قد يكونوا مولودين هم أيضا فيها يستمرون على جنسيتهم القديمة ولا يمكن للمشرع المصرى أن يلحقهم بالجنسية المصرية وسنرى فيما بعد أن نصوص قانون الجنسية العثمانى الصادر فى سنة ١٨٦٩ ، ونصوص قانون الجنسية المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٩ قد ذهبت مع هذه النظرية الى حد بعيد ورغم ذلك فقد أثار القانون العثمانى الاحتجاج من بعض الدول كروسيا واليونان . قارن رسالة چان سابا المعنونة « "L'Islam et la Nationalité" Paris, 1930 » ١٢١ — ١٣٧ . وبخاصة الفقرة المنقولة عن Féraud Gérand فى مؤلفه « La juridiction française dans les Echelles du Levant » الجزء الثانى . ٥٨ — ٥٩ .

(٣) وقارن مختصر دالوز ٤٨ . وموسوعة القانون الدولى . ٩ . ٢٥٨ بالنسبة للقيود التى قررتها معاهدات الصلح بالنسبة لجنسية الأقليات .

الدولى العام . فمن المقرر فى هذا الصدد أنه لا يسوغ للدولة عند ماتشرع فى مسائل الجنسية الخاصة بها أن تفرض جنسيتها على رعايا الدول الأخرى الذين لم يتوطنوا أو لم يولدوا فى أراضيها ، أو بعبارة أخرى ليس لها أن تفرض جنسيتها على أولئك الأشخاص الذين لا تربطهم بها رابطة معقولة . فان فعلت ذلك فانها تكون معتدية على حقوق الدول الأخرى التى لهابدورها حق التمتع بحرية واسعة فى التشريع فى مسائل الجنسية . فاذا فرض أن قابلت الدول هذا السلوك بالمثل انتهينا الى التنازع والفوضى فى الجنسيات ، ولذا فان مبادىء القانون الدولى الوضعية ، وكذلك الطبيعية من شأنها أن تحد من حرية الدول فى التشريع فى مسائل الجنسية[1] ، وكثيرا ما عقدت المؤتمرات للبحث فى توحيد المبادىء التى يقوم عليها التشريع فى هذا الموضوع وآخرها مؤتمر لاهاى فى سنة ١٩٣٠ وسأعود اليه فيما بعد .

٤٠١ — ومن المبادىء الهامة فى الجنسية المبدأ الذى يقول بوجوب عدم تمتع الفرد بأكثر من جنسية واحدة فى وقت معين[2] ، أو بعبارة أخرى مبدأ عدم تعدد الجنسيات double nationalité . ومقتضى هذا المبدأ أن يمتنع المشرع الوطنى على قدر الامكان عن وضع النصوص التى قد يؤدى تطبيقها الى تعدد الجنسيات للشخص الواحد ، ولا يمكنه ذلك الا اذا راعى النصوص الواردة فى التشريعات الأجنبية بشأن الجنسية ، وسنرى فيما بعد أن المشرع المصرى قد أباح للأجنبى المولود فى مصر أن يتحصل على الجنسية المصرية عند بلوغه اذا ما أعلن

---

(١) قارن Anzillotti ترجمة Gidel . ١٩٠١ .

(٢) ويبدأ التمتع عادة بالجنسية من وقت الميلاد فيستمر الشخص على هذه الجنسية الى أن يستبدل بها غيرها فيجب عندئذ أن تسقط عنه الجنسية الأصلية وتبقى له الجنسية اللاحقة وهى الجنسية المكتسبة . وتقرر التشريعات عادة حق الشخص فى تغيير جنسيته ولو أنها تقيده فى بعض الأحيان بقيود . قارن Pillet-Niboyet . ٦٩ و ٧٣ ومؤلف Cogordan ١٤ — ١٦ وكذلك Valéry ١٣٤ — ١٣٦ حيث يقرر أن الاعتراف للشخص بجنسيتين فى وقت واحد فيه معنى الاعتداء على سيادتى الدولتين ، وايجاد التنازع بينهما .

رغبته فى ذلك ولكن بشرط أن يتنازل عن جنسيته الأجنبية القديمة ، وظاهر أن مناط هذا الشرط هو التحرز من جانب الشارع ضد تعدد الجنسيات ، ولكن مع ذلك توجد أحوال لا مناص فيها من تعدد الجنسية ، كما اذا أراد شخص أن يتجنس بالجنسية المصرية وذلك بعد استيفائه لكل الشروط اللازمة وفقا للقانون المصرى مع أن قانونه لا يبيح له هذا التجنس لسبب ما ، فاذا منح هذا الشخص الجنسية المصرية فانه يتمتع فى الواقع بجنسيتين .

٤٠٢ — وهناك مبدأ آخر يراعيه المشرع فى تقنينه للجنسية ، وهو استبعاد حالات عدم الجنسية Heimatlosat على قدر الامكان ، لما هو معلوم من أن تحديد مركز هؤلاء الأشخاص عديمى الجنسية من الصعوبة بمكان ، وبخاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، ولقد رأينا أهمية الجنسية فى هذا الصدد (١) . وأخذ المشرع المصرى بالمبدأ السالف الذكر فلم يسقط الجنسية المصرية عن المرأة المصرية التى تتزوج من أجنبى الا اذا كان قانون جنسيته يمنحها جنسية زوجها . ولكن مع ذلك فان هناك أحوالا يتحقق فيها عدم الجنسية وفقا للتشريع المصرى ، كما اذا قبل مصرى وظيفة لدى حكومة أجنبية دون الحصول على رضا الحكومة المصرية فانها قد تسقط عنه الجنسية المصرية فى حين أنه لم يكتسب جنسية الدولة الأخرى ، وعلى ذلك يصبح هذا الشخص بلا جنسية .

٤٠٣ — وقبل أن أشرح أحكام قانون الجنسية المصرية الأخير الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ أرى ضرورة الادلاء ببعض بيانات تاريخية عن الجنسية على العموم وعن حالتها فى مصر قبل صدور هذا القانون الهام .

٤٠٤ — وفكرة الجنسية فى ذاتها حديثة الظهور اذ يرجع تاريخها فقط الى

---

(١) وعلاوة على أهمية الجنسية فى مسائل تنازع القوانين فان أهميتها تظهر أيضا فى بعض النواحى الأخرى لصعوبة تحديد الحقوق العامة والسياسية والخاصة لعديمى الجنسية . قارن Pillet-Niboyet . ٦٧ و Cogordan . ١١ — ١٤ وكذلك Valéry ١٣٢ — ١٣٣ حيث يبين مضار هذا المسلك بالنسبة لهؤلاء الأشخاص وبالنسبة للدولة التى يقيمون على أرضها .

نحو قرن ونصف [1] . ومع ذلك فمن الثابت أن الناس كانوا قبل ظهورها ، يعيشون جماعات متجانسة ضاربة كل منها فى ناحية من نواحى الأرض . فكان العضو فى جماعة معينة معتبرا غريبا عن الجماعة الأخرى ، اذا ما ذهب للتوطن معها فى اقليمها . واستمرت الحال كذلك الى أن ظهرت الديانة كرابطة جديدة التفت حولها الجماعات [2] . ومن هنا أصبح التميز بين الأشخاص مرجعه دياناتهم ، فنشأت بينهم العداوات والأحقاد . وطالت الحروب بينهم الى أن ظهر الاسلام داعيا الى ضم الصفوف والاتحاد ، فمن اعتنقه من الناس اعتبر عضوا فى الأمة الاسلامية التى سارت فى سبيل التقدم والرشاد تحت قيـادة رسول الله ، ومن لم يعتنق الدين الحنيف ، فان كان وثنيا وجب قتاله والقضاء عليه أو يسلم ، أما اذا كان من أهل الكتاب كالمسيحيين واليهود فمن الضرورى العمل على اخضاع بلادهم لحكم المسلمين أولا ، فاذا ما خضعت عرض عليهم أن يدخلوا الديانة الجديدة بغير اجبار أو اكراه ، فان رفضوا وارتضوا مع ذلك الاقامة فى دار الاسلام ولم يرحلوا الى دار الحرب ، وهى دار الكفار ، فعليهم أن يقوموا بدفع ضريبـة الرؤوس نظير ما يستمتعون به من طمأنينة على أموالهم وأرواحهم وأعراضهم . وكان قدر هذه الضريبة ضئيلا ويسمى دافعوه بالذميين [3] مسيحيين كانوا أو يهود . وبجانب هؤلاء الذميين الذين يعيشون فى دار الاسلام يوجد المستأمنون ويراد بهم

---

(١) قارن Cogardan ٢١ — ٢٥ حيث يبين ما جرت عليه الأمور عند اليونان والرومان ومؤداها حرمان الأجانب من التمتع بصفة مواطنين ولو ولدوا فى داخل الأمبراطورية . ومعنى ذلك اتباع مذهب حق الدم فى تحديد من هم اليونانيون أو الرومانيون أى أن الجنسية اليونانية أو الرومانية — لو تسامحنا فى التعبير — كانت تقوم على الاعتبارات المتعلقة بالأشخاص لا اعتبارات الميلاد فى الاقليم . وهـذا المذهب الأخير كان مقررا فى أيام العهد الاقطاعى . وسنرى فيما بعد أن التشريعات الحديثة تعمل على المزج بين المذهبين .

(٢) راجـع دروس Lévy-Ullmann الليسانس ١٩٣٥ . ٣٤٥ حيث يقرر أن اصطلاح الجنسية حديث لم يستعمله واضعوا المجموعة المدنية الفرنسية فى سنة ١٨٠٤ اذ اعتادوا ايراد عبارة Qualité de français للدلالة على من يتمتعون بالجنسية الفرنسية .

(٣) قارن قبله ١٦٦ وما بعدها .

تلك الطائفة من الكفار التى أخذت الأمان من المسلمين وحضرت الى دار الاسلام فى تجارة أو فى عمل خاص بها . والأمان هو فى الواقع ترخيص بالاقامة وكانت مدته سنة فأقل قابلة للتجديد . والمستأمنون معفون من دفع ضريبة الرؤوس لأنهم فى حكم الضيوف ولا يستفيدون من حماية الاسلام وسلطانه سوى مدة وجيزة .

وخلاصة ماتقدم أن الأشخاص الذين يقيمون فى دار الاسلام يمكن تقسيمهم الى ثلاثة أقسام . المسلمون والذميون ، والمستأمنون . فالمسلمون يتمتعون بكامل الحقوق خاصة وعامة وسياسية ، أما الذميون فحرومون من الحقوق السياسية و بعض الحقوق العامة وملزمون مع ذلك بدفع الخراج ، بخلاف المستأمنون الذين لايدفعون شيئا و يشبهون بالذميين فى مدة اقامتهم القصيرة . فاذا اعتنق الاسلام أحد الذميين أصبحت له كامل حقوق المسلم . وقد كان المسلمون جميعا متساويين فى الحقوق وذلك بغض النظر عن موطنهم أى سواء كانوا من بلاد العرب الأصلية أو من البلاد المغزوة كمصر وسوريا والعراق فالكل سواء فى المعاملة[١] .

واستمرت الأمة الاسلامية فى تقدمها تحت حكم الخلفاء الراشدين والأمويين والعباسيين الى أن ظهر الأتراك فتولوا قيادتها ، وأخضعوا جانبا كبيرا من ممالك أوربا . ولم يحد سلاطين الأتراك عن اتباع المبادىء السابقة فكان التقسيم الثلاثى متبعا وأصبح المسلمون يعرفون باسم المواطنين citoyens والذميون باسم الرعية sujets, Rayas أما المستأمنون فهم الأجانب étrangers . ولا شك فى أن أفراد القسم الأول هم المفضلون ومن عداهم فى مركز دونهم ، الى أن ترعرعت الامتيازات الأجنبية بفضل تسامح سلاطين آل عثمان وضعفهم ، فبدأت حال المستأمنين فى التحسن ، وطالبوا بحقوق وميزات جديدة تفرض فرضا بعد أن كانت تمنح عن خاطر . وحاول الرعايا ، ولا ننسى أنهم غير المسلمين

---

(١) راجع رسالة Jean Saba ٣٦ وما بعدها وكذلك مؤلف Van Steen de Jehay وعنوانه "De la situation légale des sujets ottomans non-musulmans" بروكسل ١٩٠٥ .

المقيمين فى تركيا ، التشبه بالمستأمنين وذلك عن طريق الحصول على حماية دولة أجنبية ، و بذلك يسقط عنهم دفع الضرائب رغم أنهـم ينعمون بسلطة الدولة ، ورغم توطنهم على أراضيها منذ قرون بعيدة ، وليس هناك أية رابطة تر بطهم بدولة أجنبية أكثر من رغبة هـذه الدولة فى توسيع سلطان محاكمها القنصلية وتحصيل الرسوم وثمن الحمايات التى تمنح لهؤلاء الرعايا . وسنرى فى دراسة تاريخ الامتيازات فى الأمبراطورية العثمانية أن الدول الأجنبية كانت تتنافس فيما بينها لحماية أكبر عدد ممكن من هؤلاء الأشخاص ، وزاد الطين بلة أن بعض الأتراك المسلمين تشبهوا أيضا بالرعايا فى طلبهم حماية دولة أجنبية وذلك هربا من سلطان حكومتهم الوطنية . فلما شعر سلاطين تركيا بتقاص سلطانهم على رعاياهم وعلى نفر من المسلمين رأوا أن يعملوا على ملافاة الحـال فقرروا العـدول عن التفرقة فى المعاملة بين المواطنين المسلمين والرعايا غير التابعين فعلا لدولة أجنبية ، وتقرر ذلك بناء على خط كلخانة فى سـنة ١٨٣٩ (١) ، وتأيد هـذا المبدأ الجديد بعد ذلك بمقتضى الخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ ، و بمقتضاه فتحت أبواب الوظائف العامة والجيش أمام المسـلمين والرعايا بغير تمييز . ولا شك أن فى ذلك خروجا على المبـادىء الاسلامية القديمة التى تقصر هذه المزايا على المسلمين ولـكن دعى تغير الظروف الباب العـالى الى الجنوح عن هـذا السبيل كى يحتفظ بسلطانه وكيانه . ومنذ ذلك الوقت بدأت فـكرة التميـيز بين الدين و بين الجنسـية ، وزال ما كان مقررا من قبـل من أن الاسلام دين وجنسية . وأصبحت الجنسية لا علاقة لها بالدين الاسلامى . وقد خطا الباب العالى بعد ذلك خطوة جريئة فأصدر قانون الجنسية فى سنة ١٨٦٩ (٢) على نسق التشريعات الأور بيـة ولم يخلط بين الدين والجنسية وأصبح من الممـكن أن يكون الشخص يهوديا أو مسيحيا ومع ذلك

(١) قارن مؤلف Arminjon « الأجانب وأصحاب الحمايات فى مصر » ١٩٠٣ ص ١٣ .

(٢) راجع Arminjon المرجع السابق ٣٣٨ مذكرة الباب العالى بشأن قانون الجنسية العثمانى واعتراضات الدول بشأنه .

يتمتع بالجنسية العثمانية أى تكون له سائر الحقوق كالمسلم العثمانى [١] .

٤٠٥ — ولما كانت مصر فى ذلك الوقت ايالة عثمانية فان المبادىء السابقة كانت سارية فيها . ومعنى ذلك أن مصر لم تعرف الجنسية الا منذ سنة ١٨٦٩ ، وقد مرت فيها بعد ذلك بأدوار ثلاثة نلخصها فيما يلى : —

الدور الأول : ويبدأ من سنة ١٨٦٩ وينتهى فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ . وهذا التاريخ الأخير هو تاريخ انفصال مصر عن تركيا ، وقبله لم يكن للمصريين جنسية خاصة بهم بالمعنى المفهوم ، بل كانوا معتبرين عثمانيين تسرى عليهم أحكام قانون الجنسية العثمانى الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٨٦٩ ، ويتكون من تسع مواد [٢] . ولكن رغم تبعية مصر لتركيا قانونا فانها كانت متمتعة فعلا

(١) قارن حكم ٢٨ ابريل ١٩٢٥ . م ت . م . ٣٧ . ٣٦٨ . و١٥ ديسمبر ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٨ . ١٢٦ .

(٢) وهناك نصوص القانون العثمانى :

١ — يكون عثمانيا كل شخص ولد من أبوين عثمانيين أو كان أبوه عثمانيا .

٢ — يجوز لكل شخص ولد فى الديار العثمانية من أبوين أجنبيين أن يسترد الجنسية العثمانية اذا طلب ذلك فى خلال ثلاث سنين من بلوغه سن الرشد .

٣ — يجوز لكل أجنبي بالغ سن الرشد وأقام فى الديار العثمانية مدة خمس سنين متواليات أن يحصل على الجنسية العثمانية اذا قدم طلبا الى وزارة الخارجية اما مباشرة واما بواسطة .

٤ — يجوز للحكومة أن تمنح الجنسية العثمانية بصفة استثنائية اذا لم تتوافر الشروط المذكورة فى المادة السابقة متى تبين أن الأجنبي يستحق هذه المنحة الاستثنائية .

٥ — يعتبر العثمانى الذى حصل على جنسية أجنبية بتصريح من الحكومة أجنبيا ويعامل بهذه الصفة ولكنه بالعكس اذا تجنس بجنسية أجنبية بدون تصريح سابق من الحكومة يعتبر تجنسه بالجنسية الأجنبية باطلا ويستمر اعتباره من كل الوجوه من رعايا الحكومة العثمانية ، ولا يمكن لعثمانى فى كل الأحوال أن يتجنس بجنسية أجنبية الا بعد حصوله على تصريح بمقتضى ارادة امبراطورية .

٦ — ومع ذلك يجوز للحكومة أن تقرر زوال الجنسية العثمانية عن أى عثمانى تجنس وهو فى الخارج بجنسية أجنبية أو قبل القيام بواجبات عسكرية فى خدمة حكومة أجنبية بدون تصريح من الحكومة العثمانية وفى هذه الحالة يترتب على زوال جنسيته العثمانية أنه يمنع بنص القانون من الدخول فى الامبراطورية العثمانية .

=

باستقلال داخلى فى ادارة شئونها مع ملاحظة وجود الاحتلال البريطانى . وقد أدى هذا النوع من الاستقلال الذاتى الى الاعتراف بشخصية خاصة للمصريين تميزهم عن الرعايا العثمانيين العاديين . ومن هنا نشأت فكرة الرعايا المحليين « sujets locaux » . فهؤلاء الرعايا المحليون عثمانيو الجنسية ، ولكن تلحقهم فوق ذلك صفة أخرى اضافية ، هى صفة الرعوية المحلية اذا ما استوفوا شروطا خاصة وردت فى قوانين مصرية خاصة .وهذه الشروط متغيرة بتغير القوانين، وذلك تحقيقا لأغراض محلية . فعندما أريد تحديد من لهم حق الانتخاب صدر أمر عال فى ٢٩ يونية ١٩٠٠ [١] مبينا للشروط اللازم توفرها فى الرعايا العثمانيين جنسية حتى

= ٧ — يجوز للمرأة العثمانية التى تتزوج بأجنبى أن تسترد جنسيتها العثمانية اذا توفى زوجها ويكون ذلك بتقرير يقدم منها بهذا المعنى فى خلال ثلاث سنين من تاريخ وفاة الزوج ولا تسرى هذه القاعدة الا على شخصها ، أما أملاكها فتظل خاضعة للقوانين واللوائح العامة التى تحكمها من قبل .

٨ — اذا تجنس عثمانى بجنسية أجنبية أو زالت عنه الجنسية العثمانية فان أولاده وان كانوا صغارا لا يتبعونه بل يستمرون عثمانيين وكذلك اذا أصبح الأجنبى عثمانيا فان أولاده لا يتبعونه فى الجنسية الجديدة بل يستمرون أجانب .

٩ — يعتبر كل شخص مقيم فى الديار العثمانية عثمانيا ويعامل كذلك الى أن تثبت جنسيته الأجنبية بصفة رسمية .

(١) وأهم نصوصه المادة الأولى وهى كالآتى :

(ا) عند اجراء العمل بقانون الانتخابات الصادر فى أول مايو سنة ١٨٨٠ يعتبر حتما من المصريين الأشخاص الآتى بيانهم .

١ — المتوطنون فى القطر المصرى قبل أول يناير سنة ١٨٤٨ وسنة ١٢٦٤ هجرية ، وكانوا محافظين على محل اقامتهم فيه .

٢ — رعايا الدولة العلية المولودون فى القطر المصرى من أبوين مقيمين فيه متى حافظ الرعايا المذكورون على محل اقامتهم فيه .

٣ — رعايا الدولة العلية المولودون والمقيمون فى القطر المصرى الذين يقبلون المعاملة بمقتضى قانون القرعة العسكرية سواء بأدائهم الخدمة العسكرية أو بدفع البدلية .

٤ — الأطفال المولودون فى القطر المصرى من أبوين مجهولين .

ويستثنى من الأحكام المذكورة الذين يكونون من رعايا الدول الأجنبية أو تحت حمايتها .

تصح لهم مزاولة هذا الحق . وقد وصف هذا الأمر العالى هؤلاء الأشخاص الذين لهم حق الانتخاب بأنهم مصريون رعايا محليون égyptiens sujets locaux ، وسأعود اليه مفصلا فيما بعد . وكذلك عندما أريد تحديد من له حق التوظف صدر دكريتو ٢٣ يونيه سنة ١٩٠١ مقرر للائحة المستخدمين الملكيين فى مصالح الحكومة [١] ، كما صدر دكريتو ٤ نوفبر ١٩٠٢ منظما للقرعة العسكرية . وأهم هذه القوانين الخاصة قانون الانتخاب السالف الذى رجع اليه المشرع مرارا فيما بعد . ويكفى أن نقرر هنا أنه فى ذلك العهد لم تكن الرعوية المحلية جنسية تلحق الأشخاص فى الخارج بل كانت وصفا يعتبر فى الداخل لتحديد علائق أهل البلاد المتمتعين بالجنسية العثمانية ، بالسلطات الحكومية .

الدور الثانى : ويبدأ من ٥ نوفبر سنة ١٩١٤ — الى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ .

وهذا التاريخ الأخير هو تاريخ صدور أول مرسوم بقانون منظم للجنسية المصرية . ففى هذه الفترة لم يكن هناك تشريع خاص بالجنسية المصرية مع أنه كان من الطبيعى بعد تقرير الانفصال عن تركيا أن يصدر مثل هذا التشريع . ولذا ترددت المحاكم المختلطة ، فى أول الأمر ، فى تطبيق نصوص قانون الجنسية العثمانى القديم ولكنها انتهت الى ضرورة تطبيقه باعتباره جزءا من القوانين المصرية يعمل به الى حين صدور تشريع جديد [٢] . وقد كان من المنتظر صدور هذا التشريع بعد اعلان استقلال مصر فى سنة ١٩٢٢ أو على الأقل بعد اعتراف تركيا بهذا الاستقلال فى معاهدة لوزان سنة ١٩٢٤ ، ولكن مع ذلك لزم المشرع جانب الصمت حتى مايو سنة ١٩٢٦ ، ويظهر أن أسباب هذا الصمت الطويل سياسية ترجع فى أغلبها الى وجود الامتيازات الأجنبية .

---

(١) وكان قد صدر قبل ذلك دكريتو ٤ نوفبر ١٨٩٣ بشأن الشروط اللازمة للتوظف فى المحاكم الأهلية .

(٢) انظر ٩ مايو ١٩١٧ . م . ت . م . ٢٩ . ٤٠٩ و ٣ يونيه ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٤٠٣ و Messina . ٢ . ١٥٩ — ١٦١ وكذلك قارن أبو هيف بك . ٩٨ هامش (١) و (٢) .

وجدير بالذكر هنا أن المشرع المصرى قد أصدر فى سنة ١٩٢٣ قانونا الانتخاب بين فيه من يتمتعون بهذا الحق عن طريق الرجوع الى الأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ .

فقانون ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ هو أول قانون مصرى منظم للجنسية المصرية التى انفصلت انفصالا تاما عن الجنسية العثمانية منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ . ولكن هذا القانون كان منحوس الطالع[١] اذ لم ير التنفيذ يوما من الأيام ، وقيل فى تعليل ذلك انه قد صدر بغير تروكاف ، وآية ما تقدم أنه أثار الاحتجاج من جهات سياسية مختلفة فاستمرت البلاد رغم تغير حالاتها السياسية محتفظة[٢] بقانون الجنسية العثمانى القديم الى أن صدر قانون الجنسية الأخير فى فبراير سنة ١٩٢٩ .

الدور الثالث: ويبدأ من ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ الى وقتنا هذا ، أى من وقت صدور قانون الجنسية المصرية الأخير الذى وضع أسس هذه الجنسية فنقح وعدل فى قانون سنة ١٩٢٦ ولا سيما فيما يتعلق بمركز الرعايا العثمانيين ، ويراد بهم هنا رعايا دولة تركيا بعد الانفصال ، وكذلك رعاياها قبل الانفصال الذين لم يكونوا معتبرين رعايا محليين[٣] . وقد رجع هذا القانون فى تحديد جنسية المصريين الموجودين فعلا فى مصر وقت صدوره الى الأمر العالى الصادر

---

(١) وقد اعترض عليه فى مصر من وجهتين قانونيتين ، فقالوا عنه انه غير دستورى لصدوره بمرسوم بقانون . وهذا الاعتراض واه اذ أن المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ تعطى هذا الحق للسلطة التنفيذية فى حالة غياب البرلمان ووجود حالة الاستعجال التى ليس للمحاكم أية رقابة عليها ، أما الوجهة الثانية فقولهم ان هذا القانون غير نافذ على الأجانب لعدم عرضه على محكمة الاستئناف المختلطة . وظاهر ضعف هذا القول لأن قانون الجنسية المصرية لا ينظم علاقة الدولة المصرية بالأجانب وانما ينظمها بالمصريين فاذا حصل تنازع مع قوانين الجنسية الأخرى الأجنبية فلهذا التنازع طرق خاصة تتبع فى حله قارن Messina . ٢ . ١٦٢ — ١٦٣ .

(٢) وذلك من الوجهتين الادارية والسياسية اذا لم تعمل وزارة الداخلية بقانون ١٩٢٦ وان كانت المحاكم لم تمتنع عن تطبيقه كلما رفع اليها نزاع فى هذا الصدد .

(٣) وفقا للأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ كالسوريين والفلسطينيين والعراقيين الخ قارن مؤلف De Wee فى الجنسية المصرية ٤ .

فى ٢٩ يونيه ١٩٠٠ بصفة أصلية . وفى هذا دليل واضح على أهمية هذا الأمر العالى .

ولقد وضع قانون سنة ١٩٢٩ موضع التنفيذ ولم تتناوله بعد يد التعديل ، وان كانت الحكومة التركية قد فاوضت الحكومة المصرية أمدا طويلا فى عقد معاهدة من شأنها التأثير فى أحكامه ولكن لم توفق هذه المفاوضة الى نتيجة حاسمة حتى اليوم .

والخلاصة أن قانون الجنسية المصرية المعمول به الآن هو قانون ١٩٢٩ ، ومع ذلك فان هناك منازعات كثيرة تعرض فى العمل بشأن الجنسية ، وتدور فى أغلبها حول الأحكام التى كانت سائدة فى مصر قبل صدور القانون السالف . ولذا سنشير الى الهام من هذه الأحكام عند شرحنا لأحكام قانون [1] ١٩٢٩ .

المبحث الثانى

فى

« شرح أحكام مرسوم بقانون سنة ١٩٢٩ »

٤٠٦ — رأينا أن الجنسية المصرية كانت محلا للشك والغموض قبل صدور مرسوم بقانون سنة ١٩٢٩ ، ولكن بصدوره تغيرت الأحوال ، اذ بين هذا القانون أسسها وأحكامها بصفة قطعية ، فسد بذلك نقصا كان ظاهرا فى حياتنا السياسية والقانونية ، وذلك لأن قانون الجنسية من أولى القوانين التى يضعها كل بلد اعترف له بالشخصية الدولية [2] .

---

(١) ومن أراد بيانات تفصيلية بشأن هذه الأحكام القديمة فعليه الرجوع الى مؤلف Arminjon « الأجانب وأصحاب الحمايات » ٦٨ — ٢٦١ . وأبو هيف بك ٩٧ — ١٣٧ كما يرجع الى مؤلف الأستاذ الزينى فى شرح أحكام قانون ١٩٢٦ فى الصحف الوافية ٢٥٢ — ٥٠٩ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للقانون .

٤٠٧ — وقد صدر قانون الجنسية المصرى فى هيئة مرسوم بقانون وذلك لأن النظام النيابى كان معطلا وقت صدوره بموجب الأمر الملكى الصادر فى ١٩ يوليو سنة ١٩٢٨ الذى حل البرلمان بمجلسيه وقرر وقف الحياة النيابية لمدة ثلاث سنوات (١) .

٤٠٨ — وقد وضع قانون الجنسية الجديد موضع التنفيذ بعد بضعة أيام من صدوره ، اذ أنه صدر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ ونفذ ابتداء من ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ ، وهو تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وذلك تطبيقا للمادة ٢٧ من هذا القانون . ولم يكن من المصلحة فى شىء التريث حتى تعود الحياة النيابية الى مجاريها الأولى وذلك نظرا لضرورة الاسراع فى سد النقص المبين فى تنظيم كيان الدولة المصرية و بيان من هم رعاياها . ومن الجهة الأخرى فان هـذا القانون قد صدر بعد طول بحث وكبير عناية ، لذلك لم يكن هناك داع يدعو الى التأخير فى تنفيذه .

٤٠٩ — و يتكون قانون الجنسية المصرى من ٢٧ مادة شغلت منها الأحكام الوقتية جانبا كبيرا ، وموضعا هاما ، اذ تصدرت القانون ، مع أنه كان من الطبيعى أن تأتى فى ذيله وسأبين حكمة ذلك فيما بعد .

و بصدور قانون الجنسية على حدة و بصفة منفصلة أغنانا المشرع المصرى عن الدخول فى الخلافات التى قامت على طبيعة الجنسية ، وهل هى داخلة فى القانون العام أو فى القانون الخاص ، اذ للجنسية طبيعتها الخاصة بها واتصالها بالقانون العام و بالقانون الخاص أمر ظاهر كما سبق أن بيناه . ور بما أحسن المشرع المصرى فى تنظيمه للجنسية بقانون منفصل ، لأنه بذلك حفظ لها كيانها الخاص بها ، واتبع ما سار عليه أغلب المشرعين فى بلاد العالم المتمدين .

٤١٠ — ولقد صادف المشروع المصرى صعوبات كثيرة فى وضعه لقانون الجنسية وليس أدل على ذلك من هذا التردد الذى طال أمره فى النهاية . وترجع هذه

---

(١) ولا شك أنه لا يقبل هنا أيضا الاعتراض الذى أثير بشأن دستورية قانون ١٩٢٦ .

الصعوبات فى أغلبها الى اعتبارات سياسية محضة . فمن الوجهة الدولية كان مركز مصر مشكوكا فيه بعد اعلانها الحرب على تركيا ، واعلان انجلترا حمايتها على مصر حماية من جانب واحد . ثم زاد الأمر تعقيدا بعد الحرب أن تمكنت انجلترا من الحصول على اعتراف من الدول بحمايتها . فأصبحت بذلك كل أمور مصر الخارجية فى يدها ، وذهب بعض الانجليز فى ذلك الوقت الى القول بضرورة جعل مصر جزءا من الامبراطورية كالهند ، ومهدوا لذلك بأن وضعوا مشروعات قوانين ومجموعات جديدة ذات صبغة انجليزية لكى تحل محل قوانين البلاد [١] .

ولكن تبددت هذه الأحلام الجميلة كلها بفضل ثورة سنة ١٩١٩ ، اذ اضطر الانجليز تحت ضغط الحركة الوطنية أن يعترفوا باستقلال البلاد وبانتهاء الحماية البريطانية فى تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . وهذا الاستقلال وان كان مقيدا بقيود ثقيلة الا أنه دليل قاطع على ثبوت الشخصية الدولية للبلاد ، وأن سكانها انما يدينون بالولاء لها دون أية دولة أخرى . وكان من اللازم بعد أن وضح مركز مصر الدولى أن يعمد أولو الأمر الى وضع قانون منظم للجنسية المصرية ، ولكن يظهر أنه كان من الملائم ، وزيادة فى التأكيد ، انتظار اعتراف تركيا بهذا الاستقلال . وقد تم ذلك بمقتضى معاهدة لوزان التى عقدت فى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٣ . ومنذ ذلك الحين بدأ التفكير جديا فى وضع تشريع للجنسية المصرية . ولكن ارتطم سلطان المشرع واختصاصه المطلق فى مسائل الجنسية مع صخرة الامتيازات الأجنبية ، اذ يقول أصحابها انه لا يسوغ لنا وفقا لروح هذه الامتيازات أن نصدر تشريعا فى مسائل الجنسية ، وهى من أمهات المسائل الحيوية فى الدولة ، من شأنه أن يؤثر فى جنسية السادة الأجانب ! ! الذين يولدون فى بلادنا حتى ولو توطنوا فيها بعد ذلك أجيالا وأحقابا يكسبون عيشهم ويتمتعون بخيراتها وبحماية حكومتها ، فيظلون على جنسيتهم الأجنبية دون أن يتحملوا بأى التزام نحو الدولة المصرية ، وذلك بفضل الامتيازات الأجنبية التى تخرجهم عن سلطانها وتجعل

---

(١) راجع محضر الجلسة الأولى للجنة الامتيازات فى ٥ ابريل ١٩١٧ .

من كل جالية أجنبية ممتازة دويلة صغيرة خاضعة لسلطة قنصلها داخل حدود بلادنا . ومن الصعب وضع حد فى تصوير المدى اللانهائى للمنازعات والمضايقات التى تنشأ عن هذه الحالة التى يرضى عنها كل الرضى ضيوفنا المستمرون ! !

وعلاوة على ما تقدم فقد صادف المشرع صعوبات أخرى مرجعها علاقة التبعية التى كانت موجودة بين مصر وتركيا ، اذ من المعلوم أن كل المصريين قبل ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ كانوا معتبرين عثمانيين جنسية ، وليس من المعقول طبعا بعد الانفصال أن يعامل جميع العثمانيين الموجودين فى مصر نفس المعاملة بأن يصبحوا مصريين داخلين فى تكوين الدولة المصرية ، اذ من هؤلاء العثمانيين من يتمسك بجنسيته العثمانية القديمة أو تتمسك به دولته المنفصلة ، ومنهم من يتصل بالبلاد اتصالا وثيقا أوثق من غيره (١) مما يبيح تفضيله فى المعاملة ، فكان على الشارع اذن أن يميز بين العثمانيين المقيمين فى مصر ، فاعتبر البعض منهم مصريين حتما و بقوة القانون ، ومنهم من جعل اكتسابه للجنسية المصرية معلقا على طلبه لها فقط ، أو على طلبه بشرط أن لا يرفض طلبه وزير الداخلية بقرار يصدر منه بعد موافقة مجلس الوزراء . ولا شك فى أن عملية التفضيل هذه من الدقة بمكان والوصول الى مقياس بشأنها لم يكن قط من الأمور الهينة وليس أدل على ذلك من عدول المشرع كلية عن قانون سنة ١٩٢٦ واصداره لقانون سنة ١٩٢٩ .

و بعد هذه التمهيدات القصيرة نعرض لشرح أحكام قانون الجنسية المصرية الأخير متبعين فى ذلك ترتيبا علميا بعيدا عن ترتيب مواد القانون ، اذ أن المشرع قد تأثر فى هذا الشأن باعتبارات خاصة فقدم وأخر فى المواد بمبرر ظاهر فى بعض الأحيان و بغير مبرر ظاهر فى الأخرى .

ا — الجنسية المصرية الأصلية

La nationalité égyptienne d'origine

٤١١ — وقد تكلم عنها المشرع المصرى فى المادة السادسة التى أتت

---

(١) قارن مؤلف De Wee السابق الاشارة اليه . ٦ .

حاوية لفقرات أربع ، بينت الأحوال التى تفرض فيها الجنسية المصرية فرضا . ولذلك سمى البعض الجنسية الأصلية بأنهـا الجنسية المفروضة la nationalité imposée ou d'attribution [(١)] .

والجنسية الأصلية فى حكم القانون المصرى هى تلك الجنسية التى يتمتع بها الانسان منذ ولادته ، سواء كان أساسها جنسية الوالدين المصرية أو محل الميلاد الذى أحاطت به ظروف أخرى تكفل الشارع ببيانها . ولقد أثار تحديد معنى الجنسية الأصلية على العموم خلافات بين الكتاب [(٢)] فنهم من أخذ بالتعريف الذى ذكرناه ومنهم من اعتبر أن الجنسية تكون أصلية اذا تمتع بها الفرد منذ الولادة أو بعدها ولكن بسبب ولادته على أرض معينة . وستتبين أهمية هذا الخلاف عند ما نعرض لشرح المادة السابعة .

وعلى أى الأحوال فالجنسية الأصلية مضادة للجنسية المكتسبة . والجنسية الأخيرة هى التى يكتسبها الشخص بعد ميلاده بسبب خلاف الميلاد كالتجنس أو الزواج فهى بعيدة عن أن تكون مفروضة ولا تلحق الشخص منذ ميلاده ، بل هى جنسية ثانية يتحصل عليها على خلاف جنسيته الأصلية ، ولذلك سميت هذه الجنسية المكتسبة بأنها الجنسية الثانوية أو الجنسية المختارة [(٣)] .

٤١٢ — ويتبع المشرع الوطنى فى تحديده للجنسية الأصلية أحيانا مذهب حق الدم Jus sanguinis . ومقتضاه أن الأولاد يأخذون جنسية آبائهم بغض النظر عن محل ميلادهم أو محل ميلاد آبائهم . وظاهر أن هذا المذهب يقوم

---

(١) راجع De Lapradelle فى بحثه De la nationalité d'origine ١٨٩٣ . ٩٤ وما بعدها وكذلك بحث ولده Paul de Lapradelle المنشور فى كتاب الجنسية لمعهد القانون المقارن بكلية حقوق باريس ١٩٣٣ . ٢٠٩ .

(٢) راجع موسوعة القانون الدولى ٩ . ٢٦٦ وما بعدها هذا علاوة على المراجع التى ذكرناها فى الهامش السابق .

(٣) وفى الاصطلاح الفرنسى La nationalité acquise أو La nationalité secondaire أو La nationalité d'élection .

على الاعتبارات الشخصية البحتة ، فعلاقة الدم هى فى الواقع علاقة التربية والتهذيب ، اذ يشب الولد متأثرا بمبادىء والده وأفكاره ، فاذا كان والده يدين بالخضوع والولاء لدولة معينة فانه يتبعه فى ذلك الا اذا اختار جنسية أخرى بعد بلوغه . وكان هذا المذهب متبعا فى قديم الزمان عند اليونان والرومان ، وما زال متبعا الى اليوم وبخاصة فى الدول التى تضيق أرضها بأهلها فيرحلون عنها الى بلاد أخرى طلبا للرزق كالايطاليين والألمان [١] ، فانه وفقا لقانون جنسية هذه الدول يحتفظ هؤلاء المهاجرون وأولادهم بجنسيتهم الأصلية . وأمثال هذه الدول تسمى بالدول المصدرة للرجال ، بخلاف دول أمريكا الجنوبية التى تسمى بالدول المستوردة [٢] .

٤١٣ — ويحصل أن يتبع المشرع فى بعض الأحيان مذهب حق الاقليم Jus soli ومن مقتضاه أن من يولد على اقليم معين يكتسب جنسيته وظاهر أن هذا المذهب لا ينظر الى العلاقة الروحانية بين الولد ووالده وانما ينظر الى العلاقة النفعية التى تتولد بين الشخص والاقليم بواقعة الميلاد والتوطن والاستفادة من هذا الاقليم وحماية حكومته . وقد كان هذا المبدأ عام التطبيق فى عهد الأقطاع لأنه يتفق مع مبدأ اقليمية القوانين ومقتضاه كما رأينا أن القوانين تنطبق على كل القطان فى الاقليم دون تمييز ، بخلاف المذهب السابق الذى يتفق مع مبدأ شخصية القوانين ومقتضاه أن القوانين تلحق الأشخاص فى الخارج فتطبق عليهم رغم تركهم لاقليمهم الأصلى الى اقليم جديد . ومذهب حق الاقليم هذا ما زال مطبقا بصفة أصلية فى بلاد أمريكا الجنوبية لأن هذه البلاد مستوردة للرجال من الخارج فليس من مصلحتها فى شىء أن يبقوا على جنسياتهم القديمة لما فى ذلك من تهديد لاستقلالها وكيانها ، فتجرى قوانينها على فرض جنسيتها على كل من يولدون على

---

(١) وقد صدر فى المانيا القانون المعروف باسم Delbrück وبمقتضاه يجوز للألمانى المقيم فى البلاد الأجنبية أن يتمتع بجنسيتين فى وقت واحد ، الجنسية الألمانية وجنسية البلد الأخرى .

(٢) وفى الاصطلاح الفرنسى pays exportateurs و pays importateurs .

أرضها (١) .

٤١٤ — والغالب الآن أن يجمع المشرع بين المذهبين فيرجح أحدهما على الآخر وفقا لما تقتضيه مصالح بلاده . فني بلاد القارة الأوربية يغلبون حق الدم بخلاف الحال فى انجلترا فانهم يعلقون أهمية كبرى على حق الاقليم ، وأما بالنسبة لدول أمريكا الجنوبية فان كفة حق الاقليم راجحة رجوحا ظاهرا . وحرية المشرع فى الاختيار ليست مطلقة بل مقيدة ببعض قيود طفيفة أخصها العمل على استبعاد تعدد الجنسيات وما يؤدى اليه من تنازع بين الدول المختلفة. وقد حكم القضاء الدولى ، كما سنبينه بعد ، فى بعض منازعات من هذا النوع ، وآخر نزاع فصل فيه هو النزاع الخاص بجنسية المدعو « جورج سالم » . والواقع أنه يجب على الدول عند تشريعها فى مسائل الجنسية الأصلية أن لا تغفل مصالح الأفراد الذين تفرض عليهم جنسيتها ، اذ لا معنى مطلقا لأن تتمسك بأفراد تركوها منذ سنوات طويلة ، وبخاصة اذا تركزت كل مصالحهم فى دولة أخرى يهمها دون شك أن تفرض عليهم جنسيتها (٢) .

٤١٥ — ولقد اتبع المشرع المصرى هذين المذهبين معا ، ولكنه اعتمد بصفة أصلية على المذهب الأول ، أما المذهب الثانى فنصيبه منه ضئيل لأنه مظهر من مظاهر سيادة الدولة على القطان فيها ، اذ وفقا له يجبر المولودون فى اقليمها على أخذ جنسيتها والولاء لسيادتها ، ولكن لما كانت سيادتنا على اقليمنا منتقصة ، وبخاصة بسبب الامتيازات الأجنبية كما هو معلوم فان هذا المظهر ضئيل عندنا ، ولذلك كان اكتساب الجنسية المصرية بسبب محل الميلاد مقيدا بقيود كثيرة

---

(١) راجع فى هذا مؤلف Cogordan السابق الاشارة اليه ٢١ — ٢٥ ومقال Paul de Lapradelle السابق الاشارة اليه ٢١٠ — ٢١٢ حيث تجد التطور التاريخى للمذهبين وبخاصة فى فرنسا . وسنرى أن اختلاف التشريعات فى هذا الشأن مؤد الى تعدد الجنسيات وبالتالى للتنازع .

(٢) ومنعا لكل تنازع مقدما تجرى الدول على توقيع اتفاقات يقصد بها منع تعدد الجنسية .

سنوضحها فى حينها .

٤١٦ — والأساس الأول لاكتساب الجنسية المصرية الأصلية هو «حق الدم» أو بعبارة أخرى علاقة البنوة المصرية فيكتسب الولد جنسية والديه أو أحدهما . ولقد قررت المادة ٦ فى فقرتها الأولى أنه « يعتبر مصريا من ولد فى القطر المصرى أو فى الخارج لأب مصرى » . وهذه هى الحالة الأولى من أحوال اكتساب الجنسية المصرية الأصلية . فبناء على هذه الفقرة يصبح الولد مصريا منذ ولادته اذا كان أبوه مصريا سواء فى ذلك أكانت الأم مصرية أم أجنبية[١] . وتكتسب الجنسية المصرية هنا عن طريق الدم وان تعددت الأجيال بخلاف الحال فى بعض التشريعات الأخرى التى تحدد من الأجيال ، وتستلزم أحيانا أن يكون الوالد مولودا على اقليم الدولة كالتشريع الانجليزى مثلا[٢] . ويرى بعض رجال الفقه بهذه المناسبة أنه يجدر بالدولة أن تدقق فى فرض جنسيتها على هؤلاء الأشخاص وبخاصة اذا كانت صلتهم بها قد انقطعت بفضل استمرارهم على الاقامة فى الخارج مددا طويلة ، وذلك منعا لتعدد الجنسية . وعلى أية حال فانه وفقا للتشريع المصرى الحالى اذا ثبتت بنوة شخص من أب مصرى فهو مصرى ، ولو كان محل ميلاده فى الخارج لأن الأساس هنا هو جنسية الأب لا محل الميلاد. ولا يشترط أن تثبت البنوة وقت الميلاد بل يصح أن تثبت فيما بعد ، حتى بعد بلوغ الولد أو تمتعه بجنسية أجنبية أخرى ، اذ جاء النص على اطلاقه ، ولأنه لا يمكن القول هنا بوجود حقوق مكتسبة اذ أننا أمام نص متعلق بالنظام العام لتأثيره فى كيان الدولة[٣] ، ولا يهم كذلك أن تكون الزوجية قائمة أو لا وقت الميلاد أو وقت ثبوت النسب ، الذى يصح أن يثبت بالاقرار أو بحكم كاشف لا منشىء . فاذا كان الوالد قد توفى وقت الميلاد فان الولد يتمتع بالجنسية المصرية الأصلية ولا يتبع جنسية أمه اذا كانت أجنبية بأن كانت قد

---

(١) ويمكن تحقق هذا الفرض وفقا للمادة ١٥/٣ من قانون الجنسية المصرى .

(٢) انظر Dicey . ١٧٦ وما بعدها .

(٣) قارن الدكتور الزينى الجزء الأول ٢٦٥ — ٢٦٩ .

استردت تلك الجنسية عملا بالمادة ١/١٤ أو ظلت أجنبية بحكم المادة ١/١٥ والقول بعكس ذلك فيه منافاة لروح التشريع كما يظهر ذلك جليا من نص الفقرة الثانية من المادة السادسة التى سيأتى شرحها حالا .

٤١٧ — ولقد قام التساؤل حول الوقت المعتبر فى تحديد جنسية الأب . هل هو وقت الميلاد أو وقت الحمل ؟ يحصل أحيانا أن يغير الوالد جنسيته بين هذين الوقتين ، كما أنه من المحتمل أيضا أن يكون للأب جنسية أخرى وقت ثبوت النسب خلاف التى كانت له وقت الميلاد فماذا يكون الحكم فى هذه الأحوال ؟ اختلف الكتاب فى الحكم الواجب الاتباع ولكن يظهر أن الراجح عندهم هو الأخذ بجنسية الأب وقت الميلاد دون الاعتداد بأية جنسية أخرى . وحجتهم فى هذا أن وقت الميلاد هو أثبت الأوقات التى يمكن أن تمنح الجنسية على أساسه [١] .

والأحكام السالفة كلها مطابقة لما جاء فى المادة الأولى من القانون العثمانى الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٨٦٩ .

٤١٨ — رأينا فى الفرض السالف أن ثبوت نسب الولد لأبيه المصرى يكسبه الجنسية المصرية الأصلية ، فماذا يكون الحكم لو لم يثبت هذا النسب من أبيه ولكن ثبت نسبه لأمه ؟ أجابت عن ذلك المادة السادسة فى فقرتها الثانية بقولها «يعتبر مصريا من ولد فى القطر المصرى أو فى الخارج من أم مصرية ما دامت نسبته لأبيه لم تثبت قانونا » ، فالمفروض هنا أن الولد غير شرعى [٢] ما دام نسبه لأبيه لم يثبت قانونا وفقا لمقتضيات القانون ، فلا يمكن اذن أن يأخذ الجنسية المصرية عن أبيه تطبيقا للفقرة الأولى وانما يمكنه أن يستفيد من الفقرة الثانية فيصبح مصريا

---

(١) قارن موسوعات القانون الدولى . ٩ . ٣٣٣ وما بعدها . ومختصر دالوز نبذة ٨٧ وما بعدها .

(٢) قارن Messina . ٢ . ١٧٠ حيث يقرر أن نص المادة السادسة فى فقرتيه الأولى والثانية مطلق فلا تشترط البنوة الشرعية ومن ثم يكتسب الولد الطبيعى جنسية أبيه أو أمه على حسب الأحوال . وهذا الحكم مفهوم بالنسبة للفقرة الثانية دون الفقرة الأولى اذ أن ثبوت بنوة الولد لأبيه يجب أن يتم وفقا لأحكام القانون .

دون حاجة لأى اجراء آخر . وقد توسع المشرع فى هذا فلم يقصره فقط على الأحوال التى يحصل فيها الميلاد فى المملكة المصرية بل وأيضا فى الخارج ، فكأن اكتساب الجنسية المصرية وفقا لهذه الفقرة يحصل بفضل النسب للأم أى بعلاقة الدم معها و بغض النظر عن علاقة الاقليم . وهذا الحكم من شأنه اذن أن لا يحرم الولد من الجنسية المصرية اذا كان مولودا لأم مصرية فى الخارج ، فهو من هذه الوجهة أوسع مدى من نصوص القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٢٧ ، فان المادة الأولى (فرنسى) فى فقرتيها الخامسة والسادسة وضعت قيودا كثيرة فى هذا الصدد ، أهمها أن يكون الولد مولودا فى فرنسا . وظاهر أن غرض المشرع المصرى من وضعه هذا النص محاربة حالة اللاجنسية Heimatlosat اذ الولد هنا لا يتمتع بجنسية أبيه فاذا حرمناه من جنسية أمه أصبح بلا جنسية [١] وهى رغبة محمودة من جانب الشارع . وفى اعتقادنا أنه ربما كان من الأوفق تقييده على الأقل بالتوطن فى مصر و بخاصة فى حالة الميلاد فى الخارج حتى تكون الرابطة بين الولد والدولة المصرية رابطة قوية جديرة باعطائه الجنسية المصرية ، اذ أن رابطة النساء وحدها لا تكفى عادة لاعطاء الجنسية ، ولأنه من المحتمل جدا أن يتحصل هذا الطفل فى حالة الميلاد فى الخارج على جنسية الاقليم الذى ولد فيه .

٤١٩ — على أنه اذا ثبت نسب هذا الولد لأبيه وكان أجنبيا فانه يأخذ جنسية أبيه وترتفع عنه الجنسية المصرية ، فالجنسية المصرية فى هذه الحالة يمكن أن تكون مؤقتة وليست نهائية . ولكن ماذا يكون الحكم لو كان الأب بلا جنسية ، أو كان قانونه يمنع من اعطاء جنسيته الى ولده الذى ثبت نسبه منه أخيرا ؟ [٢] لم يرد بشأن هذه الحالة نص فى القانون ونعتقد أنه من الصعب أن نجرى عليها حكم الفقرة الثانية من المادة السادسة وعلى ذلك يصبح هذا الولد بلا جنسية ، وهذا هو حكم القانون وان كان لا يتجانس تماما مع الحكم الوارد فى

---

(١) الا اذا كان قانون البلد الذى ولد فيه يمنحه الجنسية .

(٢) ويتحقق ذلك فى حالة اذا كان تشريع الأب يعتمد فى الاعتراف بالجنسية الأصلية على حق الاقليم دون غيره كأغلبية دول أمريكا الجنوبية .

المادة ٢/٦ اذ بمقتضاها يكتسب هذا الولد جنسية أمه المصرية اذا لم يثبت نسبه من أبيه فكأن ثبوت نسبه من أبيه وانقلابه ابنا شرعيا يترتب عليه فقدانه الجنسية المصرية؛ ولا يمنع هذا من جواز حصوله عليها فيما بعد عن طريق التجنس أو عن طريق الزواج اذا كان الولد أنثى . على أنه يخفف من شدة هذه النتيجة السالفة القرينة الواردة فى المادة ٢٢ والتى تقرر أن كل شخص يسكن الأراضى المصرية يعتبر مصريا الا اذا ثبت عكس ذلك .

٤٢٠ — وكما تكتسب الجنسية المصرية الأصلية على أساس الدم كما رأينا ، فان هناك أحوالا تكتسب فيها بناء على أساس الاقليم ، أى بناء على محل الميلاد . فمن يولد على الأراضى المصرية ولو من أبوين غير مصريين يمكن اعتباره مصريا اذا كان ميلاده مقرونا بظروف معينة ورد ذكرها فى الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة السادسة . فمن المقرر اذن ابتداء أن الميلاد وحده على الأراضى المصرية لا يكفى لاعطاء الجنسية الأصلية بل لا بد من وجود اعتبارات أخرى لها أهميتها . فتنص المادة السادسة فى الشطر الأول من فقرتها الثالثة على أنه يعتبر مصريا « من ولد فى القطر المصرى من أبوين مجهولين » فالولد هنا لم يثبت نسبه من أبويه فلا يمكن اعطاؤه جنسية أحدهما ، ولم يرض المشرع بتركه بلا جنسية فاكتفى برابطة الاقليم وحدها لاعتباره مصريا منذ ميلاده . وهذا النص مفيد من الوجهة الوطنية وكذلك من الوجهة الدولية ، اذ أنه مانع من وجود أشخاص بلا جنسية ، أى مانع من وجود اللاجنسية apatridie . ولذا يوجد نظيره عادة فى تشريعات الدول الأخرى . فلم يكن هناك بد من أن يضعه المشرع المصرى بدوره ولم يكن فى مقدوره اذن أن يحرم هذا الشخص من الجنسية المصرية اذ لو فعل لخالف العرف الدولى ، الذى يجرى على أن أحق الدول بهذا الولد هى الدولة التى ولد على أرضها .

٤٢١ — على أن المشرع المصرى قد أغفل النص على الحالة التى يكون فيها الأبوان معلومين ولكنهما كانا مع ذلك مجهولى الجنسية فهل يتمتع الولد فى

هذه الحالة بالجنسية المصرية ؟ هذا ما يقول به الدكتور الزيني [(١)] من باب القياس والتشابه ، أما نحن فنشك فى صحة هذا الرأى لعدم النص ، ولأنه لا يصح التوسع فى مسائل الجنسية لخطورتها . وعلى العموم فان هذا الفرض نادر عملا .

وكذلك أغفل المشرع النص على الحالة التى يكون فيها الأبوان بلا جنسية أى انهما معلومان ولكن ثابت أن لا جنسية لهما . من المقرر هنا أن الولد يصبح بلا جنسية بدوره . وهذا الفرض أكثر شيوعا من السالف .

والخلاصة أننا نرى أنه من الصعب أن نجرى حكم الفقرة الثالثة فى شطرها الأول على الحالتين السابقتين . ولكن يخفف من شدة هذا الرأى تطبيق القرينة الواردة فى المادة ٢٢ السالفة الذكر والتى بمقتضاها يمكن اعتبار هؤلاء الأولاد مصريين [(٢)] . ولكن ليس معنى ذلك أن لهم الجنسية المصرية لأنه لو كان الأمر كذلك جاز لهم التمتع بكل الحقوق ، وهـذا ما رفضه به المشرع فقد حرمهم من مباشرة الحقوق السياسية . فالقرينة السالفة لا تمنح الجنسية المصرية لمن تنطبق عليهم .

والواقع أن الجنسية المصرية المقررة بمقتضى الفقرة الثالثة جنسية مؤقتة اذ لو ثبت نسب الولد لأحد أبويه الأجانب فالغالب أن يأخـذ عنه جنسيته ، ويكون لهذه الجنسية عادة أثر رجعى أى أنها تلحق به من وقت ميلاده .

٤٢٢ — وينص الشطر الثانى من الفقرة الثـالثة على حكم مكمل لحـكم الشطر الأول وذلك فى قوله « ويعتبر اللقيط enfant trouvé فى القطر المصرى مولودا فيه ما لم يثبت العكس » ومعنى ذلك أن اللقيط سواء أكان حديث الولادة nouveau-né أم لا ، فانه يعتبر مولودا فى مصر ويكتسب الجنسية المصرية الأصلية . ومبنى هذا الحـكم التشبيه فى المعامـلة بين حالة اللقيط وحالة المولود من

---

(١) راجع مؤلفه . ١ . ٢٧٢ ومؤلف Pillet-Niboyet . ١١٨ — ١٢٠ حيث أخذ بهذا الرأى نظرا لحالة النصوص الفرنسية وبخاصة المادة ١/٧ التى اعترفت بالجنسية الفرنسية لمن يولد لوالدين مجهولى الجنسية . فحكم القياس معقول فى فرنسا دون مصر .

(٢) كما أنه من الممكن لهم اكتساب الجنسية المصرية عن طريق التجنس .

أبوين مجهولين ، اذ أن اللقيط وان كان فى الواقع مجهول الوالدين الا أنه يصح أن يكون قد ولد فى الخارج ، فهو اذن مجرد من علاقة النسب ومن علاقة الاقليم لولا أن الشارع اعتبر من باب القرينة القانونية التى تقبل الدليل العكسى أنه مولود فى مصر فألحقه فى الحكم بالأولاد المجهولى الأبوين (١) . وهذا النص موفق فى أغراضه . على أنه اذا ثبت أن اللقيط قد ولد فى الخارج أو ثبت نسبه لأحد أبويه ارتفعت عنه الجنسية المصرية ، وعلى أية حال فان مجال تطبيق هذه الفقرة الثالثة ليس شائعا عملا .

٤٢٣ — وتنص الفقرة الرابعة من المادة السادسة على حالة أخرى من أحوال اكتساب الجنسية المصرية الأصلية بناء على حق الاقليم (٢) وذلك فى قولها يعتبر مصريا « من ولد فى القطر المصرى لأب أجنبى ولد هو أيضا فيه اذا كان هذا الأجنبى ينتمى بجنسه par sa race لغالبية السكان فى بلد لغته العربية أو دينه الاسلام » . ويستفاد من هذا الحكم أن المشرع المصرى يعتبر أن الولد الذى يولد من أجنبى يكون أجنبيا ، ولكن من باب الاستثناء يعترف لهذا الولد بالجنسية المصرية اتباعا لمذهب حق الاقليم مضافا اليه بعض ظروف أخرى تقوى من شأنه . وتتلخص هذه الظروف فى توفر ما يسمى بالميلاد المضاعف double naissance أى أن يولد الولد وأبوه على الأراضى المصرية . وفى أن ينتمى هذا الأخير بجنسه الى غالبية السكان فى بلد لغته العربية أو دينه الاسلام ، فاعتبر المشرع أن اجتماع هذه الظروف كاف لاعطاء الجنسية المصرية للولد بطريقة قطعية .

٤٢٤ — ويشترط لاكتساب الجنسية المصرية على الأساس السابق شرطان: الأول : الميلاد المضاعف للولد وأبيه الأجنبى فى الأراضى المصرية . فالميلاد المضاعف دليل على أن العائلة قد اعتزمت التوطن نهائيا فى البلاد ، ومن المعقول أن تكون

---

(١) ولا يغير من هذا الحكم أن يكون اللقيط فى كنف هيئة دينية أجنبية متى ثبتت له الصفة المذكورة .

(٢) وحق الدم وحق الاقليم هما الأساسان المباشران فى اكتساب الجنسية المصرية الأصلية . بخلاف الأسس غير المباشرة التى سنعرض لها فى حينها .

قد تأثرت مع تعاقب الأجيال بالحياة والأفكار المصرية مما يسهل اندماجها في المصريين . وفي الواقع لا يمكن القول هنا بأن تعدد الميلاد قد جاء من باب المصادفة البحتة اذ لو صح ذلك في المرة الأولى فانه يصعب الأخذ به في المرة الثانية [١] .

وغني عن البيان أن النص لا ينطبق أيضا اذا كانت الأم الأجنبية مولودة وحدها في مصر والوالد غير معروف أصلا أو غير معروف الجنسية . كما أنه من اللازم أن يكون الولد شرعيا لأننا في مصر لا تقر نظام الولد الطبيعي الا بنص خاص [٢] لما في ذلك من مخالفة للنظام العام في بلد اسلامي . الثاني : أن يكون الأب منتميا بجنسه لغالبية السكان في بلد لغته العربية أو دينه الاسلام . فتحقق الشرط الأول وحده غير كاف لمنح الجنسية المصرية الأصلية بطريقة قطعية مانعة من اختيار الولد للجنسية الأجنبية بعد بلوغه ، كما جرى على ذلك بعض المشرعين (كالمشرع الفرنسي في قانوني سنة ١٨٨٩ ، سنة ١٨٩٣) اذ حدد مدة قصيرة يصح فيها التنازل عن الجنسية الفرنسية فان مضت هذه المدة اعتبرت الجنسية الفرنسية قطعية ونهائية . لذلك استلزم المشرع المصري توفر شرط آخر اذا تحقق اعتبر الاندماج به قد تم ، وأنه يمكن اعتبار الولد في هذه الحالة مصريا حقيقيا منذ ولادته ، فلا يجوز له التخلي عن جنسيته المصرية بمحض اختياره ، فيصبح مصريا بقوة القانون . وهذا الشرط أساسه الشبه الكبير بين المصريين وبين أهالي البلاد التي تتكلم الأغلبية فيها العربية أو تدين بالاسلام ، فالاتحاد في اللغة أو الاشتراك في الدين يدل في الغالب على اتحاد في الأفكار والمشارب . واذا أضفنا اليها الميلاد المضاعف أمكننا أن نفترض أن لهذا الولد اتصالا وثيقا بالبلاد وأهلها

---

(١) فاذا ثبت أن الوالد المولود في مصر من الأشخاص الذين لا جنسية لهم أو كان مجهول الجنسية فني اعتقادنا أن النص ينطبق اذا كان الولد ينتسب بجنسه الى الأغلبية السابقة قارن الزيني ٢٧٦ — ٢٧٧ .

(٢) ومن رأى الأستاذ Messina أن النص عام فينطبق على الأولاد غير الشرعيين . قارن المادة ٦/٢ من قانون الجنسية .

مما يسوغ اعتباره واحدا منهم ، اذ فى الواقع أنهم جميعا شرقيون .

وقد اكتفى النص أن ينتمى الأب الأجنبي بجنسه فقط الى الغالبية فى بلد تتكلم العربية أو تدين بالاسلام . فلا داعى اذن لأن يكون هذا الأب الأجنبي منتميا بجنسيته الى بلد توفرت فيها الشروط السالفة . فيصح على هذا الأساس أن يكون هذا الأب هولنديا لأنه من أهل جاوة الذين فرضت عليهم الجنسية الهولندية ، ومع ذلك فان أولاده المولودين فى مصر ينطبق عليهم النص السالف أى يكتسبون الجنسية المصرية الأصلية اذا كانوا قد ولدوا هم وآباؤهم فى مصر ما داموا ينتسبون بجنسهم الى الأغلبية فى بلد تدين بالاسلام . وينطبق نفس الحكم ، بحسب الأصل ، على الأب الأجنبي التونسى أو المراكشى أو الطرابلسى الذى قد يتمتع بالجنسية الفرنسية أو الايطاليـة على حسب الأحوال لأنه وان كان منتسبا بجنسيته الى بلد لا تتكلم الغالبية فيها العربية ولا تدين بالاسلام الا أنه ينتسب بجنسه ، على العكس من ذلك ، الى الأغلبيـة فى بلد يتكلم العربيـة أو يدين بالاسلام أو بلد يجمع الشرطين معا ، فينطبق الحكم عليه اذا تحققت كل شروطه السالفة (١) .

ورغم ما تقدم فانا نعتقد أن تطبيق هذا النص مقيد بالاتفاقات الدولية التى عقدتها مصر مع فرنسا فى ١٦ يوليه سنة ١٨٨٧ بشأن التونسيين (٢) ، وفى ٢٥

---

(١) وينطبق الحكم السالف بالنسبة لأهالى العراق وايران وسائر الدول الشرقية الحديثة وكذلك البانيا . وهذا الرأى الذى نشير به قد قال به أيضا الأستاذ رياض فى كتابه ١٠٠ — ١٠١ معتمدا فى ذلك على مذكرة كتبها سعادة بدوى باشـا وأورد نصها . ولكن يخالفه الدكتور الزينى اذ يقصر تطبيق هذه الفقرة على الأشخاص الذين ينتمون بجنسيتهم وبجنسهم الى بلد تتكلم الغالبية فيه العربية أو تدين بالاسلام ٢٧٧ — ٢٨٠ . وتصعب معرفة مصدر هذا القيد . قارن مؤلف De Wee فى الجنسية المصرية ١٩٢٦ ، ١٢ هذا وينطبق الحكم من باب أولى على الأشخاص الذين ينتسبون جنسية وجنسا الى دول لغة الأغلبية فيهـا العربية أو دينها الاسلام ، وعلى العكس لا ينطبق على الأشخاص الذين تكون لهم جنسية هـذه الدول ولا ينتسبون الى جنس أهلهـا ، ويتحقق ذلك اذا ما كانوا قد اكتسبوا جنسيتها من طريق التجنس .

(٢) وقد تقدمها اتفاق فى سنة ١٨٨٧ وأساسه تبادل عدة مراسلات فى هذا الصدد انظر كتاب أصبجى وكولومبانى ٢٢ وما بعدها .

مارس سنة ١٩٢٥ بشأن المراكشيين (١) ومع ايطاليا فى ١٤ ابريل سنة ١٩٢٣

---

(١) ونظرا لأهمية هذا الاتفاق نورد هنا نصوصه :

(١) يعتبر من الآن فصاعدا مشمولين بالحماية الفرنسية فى القطر المصرى الأشخاص الذين أصلهم من مراكش (ما عدا المنطقة الواقعة تحت الادارة الأسبانية) المقيمون فى القطر المصرى من توفرت فيهم الشروط الآتية :

١ — أن تكون أسماؤهم مقيدة بناء على طلبهم فى سجلات احدى القنصليات الفرنسية بالقطر المصرى .

٢ — أن يكونوا مولودين خارج القطر المصرى .

٣ — أن لا تكون مبارحتهم لمراكش الا بنية العودة اليها .

(٢) الاعتراف بصفة الحماية الفرنسية لأحد المراكشيين يترتب عليه قانونا الاعتراف بهذه الصفة لزوجاته ولمن كان قاصرا من ذريته فى تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق على أن للقاصر من ذريته المولود فى القطر المصرى إذا استمر مقيما فيه أن يطلب التجنس بالجنسية المصرية وذلك فى ظرف سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد كما أن للبالغ الآن من ذريته نفس هذا الحق اذا طالب به فى ظرف سنة من تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق ويعتبر بالغا سن الرشد من أتم الحادية والعشرين من عمره .

(٣) يكون لمن ولد فى القطر المصرى وبلغ الآن سن الرشد من ذرية مراكشيين توافرت فيهم شروط المادة الأولى من هذا الاتفاق الحق فى اختيار الحماية الفرنسية فى ظرف سنة من تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق فاذا لم يستعمل هذا الحق فليس لذريته أن يطالبوا بالتمتع .

ويحصل الاختيار باقرار كتابى يرسل الى وزارة الخارجية المصرية .

ويعتبر الأشخاص الذين وقع منهم الاختيار بهذه الكيفية أنهم مراكشيين على الدوام. ويكون اختيارهم نافذا على نسائهم والقصر من ذريتهم .

(٤) تقدم المفوضية الفرنسية الى وزارة الخارجية المصرية فى ظرف ثلاثة شهور تبدأ من تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق كشوفا بالمراكشيين المقيدة أسماؤهم فى سجلات القنصليات بالفرنسية الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة الأولى من هذا الاتفاق . ولا يسوغ بعد انتهاء هذه المدة تقديم أى كشف جديد بأسماء مراكشيين الى الوزارة المصرية .

(٥) بعد تقديم الكشوف السابق ذكرها تتفق وزارة الخارجية المصرية مع المفوضية الفرنسية على ابقاء الأسماء الواردة فى هذه الكشوف أو شطبها وتضع بالاتفاق مع المفوضية كشفا عاما نهائيا بأسماء المراكشيين من الفئة المشار اليها فى المادة الأولى المعترف لهم بالحماية الفرنسية على أنه يمكن تعديل هذا الكشف العام باتفاق الطرفين اذا اتضح فيما بعد أن أحدا =

بشأن الطرابلسيين (١) . وترمى الاتفاقات مع فرنسا الى الاحتفاظ لأولاد بعض

= من الأشخاص المقيدين فى الكشف لم تكن تتوفر فيه الشروط المار ذكرها بان يكون قد خدع السلطات القنصلية والمحلية .

(٦) المراكشيون الذين لم تقيد أسماؤهم فى الكشف النهائى عدا من كان له حق الخيار لا يجوز لهم بعد وضع هذا الكشف أن يدعوا بأنهم مشمولون بالحماية الفرنسية فى القطر المصرى .

وحق التمتع بالحماية الفرنسية المترتب على قيد الأسماء فى الكشف النهائى سالف الذكر لا يشمل ولا يجوز أن يشمل فى المستقبل الا نفس الأشخاص الواردة أسماؤهم فيه وزوجاتهم والقصر من ذريتهم كما سبق القول وذلك دون اخلال بما لهؤلاء الآخرين من حق الخيار المنصوص عليه فى المادة النهائية من هذا الاتفاق .

(٧) يعترف فى المستقبل بالحماية الفرنسية للمراكشيين الذين يجيئون الى القطر المصرى للاقامة بشرط أن تكون أسماؤهم مقيدة فى سجلات احدى القنصليات الفرنسية فى القطر المصرى .

ولا يحصل القيد الا بتقديم شهادة من الحكومة المراكشية أو اشهاد مصدق عليه قانونا من رئيس محكمة مدنية يثبت أن صاحب الشأن مراكشى الأصل .

ولا تصلح جوازات السفر لاثبات صفة المراكشى الا للمراكشيين المارين بالقطر المصرى .

(٨) يعتمد هذا الاتفاق ويتم تبادل الاعتماد بالقاهرة فى أقرب وقت .

(١) ونظرا لأهمية هذا الاتفاق نورد هنا نصوصه :

(١) يعترف بصفة التبعية الايطالية فى القطر المصرى ابتداء من الآن للأشخاص الذين أصلهم من لوبية (طرابلس وبرقة) وكانوا قبل تاريخ ضمها الى ايطاليا مقيمين بالقطر المصرى ولا يزالون مقيمين به منذ ذلك التاريخ مع الشروط الآتية فيهم :

١ — أن تكون أسماؤهم مقيدة بناء على طلبهم فى دفاتر احدى القنصليات الايطالية بالقطر المصرى .

٢ — أن يكونوا مولودين فى لوبية .

٣ — أن تكون مهاجرتهم من لوبية على نية العودة اليها .

(٢) معرفة التبعية الايطالية للوبى على مقتضى المادة السابقة ينجم عنها قانونا معرفة هذه الصفة لزوجته . ولمن كان من أولاده قاصرا فى تاريخ ذلك الضم ومولودا فى القطر المصرى كان له اذا هو استمر فى الاقامة بهذا القطر حق اختيار الجنسية المصرية فى مدة سنة تحسب من تاريخ بلوغه أو من تاريخ توقيع هذا الاتفاق اذا كان الآن بالغا . =

التونسيين والمراكشيين بحماية فرنسا بشروط خاصة . أما المعاهدة الايطالية فصريحة

= (٣) اللوبيون الذين تعرف لهم التبعية الايطالية على مقتضى المادة الأولى من هذا الاتفاق يكون لأولادهم البالغين فى تاريخ ضم لوبيه المولودين فى القطر المصرى حق اختيار الجنسية الايطالية فى مدة سنة فاذا أهملوا الاستفادة بهذا الحق فلا يكون لأولادهم أن يطالبوا بالاستفادة منه .

(٤) بما أن المفوضية الايطالية قدمت الى وزارة الخارجية المصرية ثلاث كشوف للأشخاص المقيدة أسماؤهم فى دفاتر القنصليات الايطالية فى القاهرة والاسكندرية وبور سعيد على اعتبار أنهم من الفئة المقصودة فى المادة الأولى وبقصد أن تعرف لهم التبعية الايطالية فقد حدد ثلاثة شهور تبتدىء من تاريخ توقيع هذا الاتفاق لتقديم كشوف اضافية الى وزارة الخارجية المصرية . ولا يجوز لأى لوبى من تلك الفئة بعد انتهاء هذه المدة أن يدعى لنفسه التبعية الايطالية فى القطر المصرى .

(٥) بعد فحص الكشوف المقدمة على هذا الوجه تتفق وزارة الخارجية المصرية مع المفوضية الايطالية على ابقاء الأسماء الواردة فى هذه الكشوف أو محوها وتقرر بالاتفاق مع هذه المفوضية كشفا عاما نهائيا للوبى الفئة المقصودة بالمادة الأولى المعروفة لهم صفة التبعية الايطالية .

على أن هذا الكشف العام يمكن تعديله بالاتفاق بين الطرفين وذلك فى الأحوال المستقبلة التى يثبت فيها أن شخصا معينا ممن وردت أسماؤهم فيه لم يكن جامعا للشروط المنصوص عليها فيما تقدم ويكون بذلك خدع السلطات القنصلية والمحلية ، أما الأشخاص الذين لا تكون أسماؤهم مقيدة فى الكشف النهائى فلا يقبل منهم أن يطالبوا بحق التبعية الايطالية ولا يشمل الانتفاع بالجنسية الايطالية الناتجة عن قيد الأسماء فى الكشف النهائى السابق ذكره ولا يمكن أن يشمل فى المستقبل سوى الأشخاص الواردة أسماؤهم فيه وزوجاتهم والقاصرين بين أولادهم بغير اخلال فيما يخص هؤلاء القاصرين بحق الاختيار السابق ذكره فى المادة الثانية من هذا الاتفاق .

(٦) اللوبيون الذين استقروا بالقطر المصرى للمرة الأولى بعد تاريخ ضم لوبيه الى ايطاليا أو الذين يستقرون به فى المستقبل يعتبرون فى هذا القطر رعية ايطاليين على شرط أن تقيد أسماؤهم فى دفاتر احدى القنصليات الايطالية فى القطر . ولا يقع التقييد الا بناء على تقديم شهادة من احدى محافظات لوبيه أو اشهاد مصدق طبق الأصول بمعرفة رئيس محكمة مدنية مثبت أو مثبتة تلك الشهادة الجنسية الايطالية لصاحب الشأن .

ولا تصلح جوازات السفر لاثبات التبعية الايطالية الا للوبيين المارين بالقطر المصرى .

(٧) يعتمد هذا الاتفاق ويتم تبادل الاعتمادين بالقاهرة فى أقرب وقت يمكن فيه ذلك . واثباتا لما تقدم قد وقع الطرفان هذا الاتفاق باسميهما وختميهما .

قارن ١٧ يونيه ١٩٢٤ م . ت . م . ٣٦ . ٤٤١ الذى طبق أحكام هذا الاتفاق .

فى الاحتفاظ لأولاد الطرابلسيين المولودين فى مصر بالرعوية الايطالية من دون الجنسية المصرية ، وذلك بشروط خاصة ، فيكون القيد الذى نقول به هو أن نص المادة ٦/٤ لا ينطبق على أولاد الطرابلسيين فى الحدود السالفة ، ولكنه ينطبق على التونسيين بدون شك لأن هناك فارقا بين الحماية والجنسية [١]، وبخاصة لأن الجنسية التونسية باقية ولها قانونها الخاص بها [٢] ، أما بالنسبة للمراكشيين فان نص المادة الثالثة من المعاهدة قد يثير بعض الشكوك ولكن يخيل لنا أن الغرض الأصلى من الاتفاق هو تقرير حماية فرنسا للمراكشيين دون التأثير فى جنسيتهم التى لها قانونها الخاص بها [٣] ، والنتيجة اذن أن اكتساب هؤلاء الأشخاص (التونسيين والمراكشيين) للجنسية الفرنسية فيما بعد بمقتضى الدكريتات التى أصدرتها فرنسا فى تلك البلاد لا يؤثر مطلقا فى تطبيق النص المصرى وخاصة أن الاتفاقات الحاصلة لا يقصد منها منع اكتساب هؤلاء للجنسية المصرية بل يقصد منها فقط حمايتهم ، وتسقط هذه الحماية باكتسابهم الجنسية المصرية [٤] وفقا لأحكام القانون أو الاتفاق نفسه .

ولكن ماذا يكون الحكم بالنسبة للجزائريين ؟ انتهت بلاد الجزائر الى أن تكون مقاطعة ضمن مقاطعات فرنسا ، حتى أن المشرع الفرنسى فى قانون الجنسية

---

(١) انظر بعده البحث الخاص بأصحاب الحمايات .

(٢) وعلى ذلك ينطبق نص المادة ٦/٤ على أولاد التونسيين ولا يمنع من ذلك الاتفاق الحاصل بين مصر وفرنسا لأن هذا الاتفاق انما يعترف بحماية فرنسا للتونسيين بشروط خاصة فاذا زالت عن الأولاد صفتهم كتونسيين بأن أصبحوا فى نظرية الحكومة المصرية مصريين بحكم قانون الجنسية . فان الحماية التونسية تزول عنهم بالتبعة لأن أساسها (وهو الجنسية التونسية) غير مقر عليه من الحكومة المصرية . ويلاحظ أن الجنسية التونسية محلية مقصورة على تونس . فالرعايا التونسيون فى خارج بلادهم يتبعون فرنسا أى أنهم ressortissants لا sujets .

(٣) سواء باختيارهم اياها بعد البلوغ وفقا لنصوص هذه المعاهدات (راجع المادة الثانية من المعاهدة الخاصة بالمراكشيين . كولومبانى ١١١) أو بميلادهم فى مصر وفقا للمادة ٦/٤ .

(٤) انظر كتاب Bourbousson السابق الاشارة اليه ٩٩ .

الذى أصدره فى سنة ١٩٢٧ نص فى المادة ١٥ منه على أن هذا القانون سار أيضا على الجزائر ، ولـكنه مع ذلك أباح للجزائريين الاستفادة من قرار مجلس الشيوخ Senatus-consulte الصادر فى ١٤ يوليه سنة ١٨٦٥ [١] ، وكذلك من قانون ٤ فبراير سنة ١٩١٩ ، وبمقتضى هذين القانونين يصح للجزائريين أن يتحصلوا على صفة مواطنين citoyens فرنسيين اذا توفرت شروط خاصة [٢] ، وهـذا لا ينفى طبعا أنهم رعية فرنسية sujet اذ أننا عرفنا الفرق بين المواطن والرعية والوطنى . فهل تنطبق المادة ٦/٤ على الجزائريين ؟ من الممكن القول بأن الجزائر قد أصبحت جزءا من فرنسا فهى اذن ليست بلادا قائمة بذاتهـا تتمتع بشخصية دولية ومن ثم لا ينطبق النص على الجزائريين لأنهم أقلية فى فرنسا . على أنه يمكن القول من الجهة الأخرى بأن المشرع المصرى لم يقصد أن يكون للبلد الذى ينتسب اليه الوالد بجنسه فقط شخصية دولية بل يكتفى بتوفر الـكيان المادى له ، والشخصية الدولية ان هى فى الواقع الا اختلاق قانونى صناعى ، بعيد هنا عن أن يكون طبيعيا لما هو معلوم من أن لبلاد الجزائر وحدتها الطبيعية ولو أنها قدفقدت شخصيتها الدولية من الوجهة القانونية البحتة . وهذا الرأى الأخير هو الذى نميل الى تأييده ، وبخاصة لأنه لا يوجد اتفاق دولى بين مصر وفرنسا بشأن هؤلاء الأشخاص كالاتفاق الحاصل مع ايطاليا بشأن أهالى طرابلس ، المعتبرين رعايا ايطاليين sujets italiens .

ولقد حاولت فرنسا فى غضون شتاء سنة ١٩٣٢ أن تعقد مع الحـكومة المصرية اتفاقا جديدا بشأن التونسيين ولـكنها لم توفق ، وفى ذلك تأييد للرأى الذى نقول به من أن النص ينطبق حتما على أولاد التونسيين الذين يولدون فى مصر على حسب التفصيل السابق .

٤٢٥ — وأساس القيد الذى اعترفنا به هو أن المشرع الداخلى لا يمكنه

(١) ولهذا القرار قوة القانون .

(٢) قارن Pillet-Niboyet ٨٤ و ١١٥ .

بمطلق ارادته أن يعطل تنفيذ الاتفاقات الدولية كما سبق أن أوضحناه ، ويخالفنا في هذا الرأى الأستاذ رياض (١) حيث يقرر أن مسائل الجنسية من المسائل المتروكة لمطلق تقدير الدولة . وقد رأينا أن هذا المبدأ يقبل القيود ومنها المعاهدات فلا يمكن القول اذن بأن المشرع المصرى مطلق الحرية في التحرر من قيود المعاهدات التي عقدها ، لأن مبدأ الحرية التشريعية السابق مقرر من حيث النطاق التشريعي وحده فلا يتجاوزه الى النطاق السياسي (٢) .

ولعل وجود هذا القيد الذي نقول به (٣) ، والذي أخذ به الدكتور الزيني أيضا مع اطلاقه اياه على كل المنتمين الى جنسية أجنبية من جنسية الدول الممتازة كان السبب في اشتراطه وجود جنسية مستقلة ، حتى يمكن أن ينطبق النص ، وهذا ما رفضناه لما فيه من اضافة قيد جديد لم يقل به الشارع ، ولما فيه من توسع في فهم روح الامتيازات الأجنبية .

ومن الجهة الأخرى فان النص لا ينطبق اذا كان الأب منتميا بجنسه الى الأقلية في بلد دينه الاسلام أو لغته العربية ، فالأرمنى المولود في مصر لا يصبح مصريا وان كان أبوه عثمانيا (٤) مولودا فيها ، اذ أنه ينتمى بجنسه الى الأقلية في بلد دينه الاسلام ولو أنه ينتمى بجنسيته الى بلد تدين الأغلبية فيه بالاسلام ، وكذلك

---

(١) انظر مؤلفه . ١ . ٩٩ — ١٠٢ وعلى الأخص هامش (١) ١٠١ .

(٢) راجع مذكرة حضرة صاحب السعادة عبد الحميد بدوى باشا المنشورة في كتاب « أصبجى وكولومبانى » حيث يقرر بهذه المناسبة أن للمسألة صفة سياسية ظاهرة في قوله

Je pose la question qui est essentiellement d'ordre politique sans la résoudre, laissant ce soins aux autorités compétentes.

(٣) وهو كما رأينا وجود معاهدات خاصة مقيدة لسلطة المشرع المصرى لا اعتبار هذا القيد موجودا بقوة الامتيازات وحدها لأننا نعتقد في وجود القيد من هذه الناحية فقط . قارن مذكرة سعادة بدوى باشا السابقة حيث يقرر أن الامتيازات سواء في نصها أو في روحها لا تقف عقبة في سبيل فرض الجنسية المصرية الأصلية على أولاد الشرقيين الذين يولدون في مصر .

(٤) وأقصد بهذا أن يكون متمتعا بجنسية الجمهورية التركية .

يكون الحكم بالنسبة لليهودى الفلسطينى لأنه ينتمى بجنسه الى الأقلية فى بلد لغته العربية ودينه الاسلام .

على أنه لا يلزم لتطبيق النص أن يكون الأب أو ولده متوطنا فى مصر ، بل يصح أن يكون الوالد متوطنا أو مقيما فى الخارج . ويظهر أن المشرع اكتفى بالقيود السالفة فلم ير ضرورة لايراد قيد جديد .

وغنى عن البيان أن النص لا ينطبق على أولاد الممثلين السياسيين تطبيقا للمبادىء المقررة فى القانون الدولى العام [١] .

٤٢٦ — وهناك ملاحظتان هامتان لختام بحث هذه المسألة . وتتلخص الملاحظة الأولى فى أن نص المادة السادسة بفقراته الأربع لا ينسحب على الماضى بل يطبق فقط على من يولد فى مصر بعد العمل بقانون الجنسية أى ابتداء من ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ . وأما جنسية المصريين الموجودين فعلا وقت نشره فقد نظمها القانون فى المواد الخمس الأول وسنعود اليها فيما بعد [٢] . وتتلخص الملاحظة الثانية فى أن المشرع المصرى ، كما يظهر ، قد أتى بقيد الانتساب الى جنس معين من معاهدة لوزان [٣] التى عقدها الحلفاء مع تركيا اذ أنها أخذت بهذا القيد فى تنظمها لجنسية الأشخاص العثمانيين قديما والذين هم بحسب أصلهم ، من بلاد انفصلت عن تركيا نهائيا بمقتضى هذه المعاهدة ، اذ من المعلوم أن الأمبراطورية العثمانية القديمة ، كانت مكونة من أجناس متعددة .

(١) قارن Pillet-Niboyet . ١١٧ .

(٢) وعلى ذلك لا يحق للأشخاص المولودين فى مصر لأباء متمتعين بجنسية دولة أجنبية من الدول السابق الاشارة اليها ، قبل العمل بأحكام هذا القانون ، أن يرتكنوا على نص المادة ٤/٦ للقول باكتسابهم الجنسية المصرية الأصلية فلا يعتبر مصريا وفقا للمادة ٤/٦ ولد الايرانى المولود فى مصر هو وأبوه ولو أن الحكومة المصرية قد عاملته على اعتبار أنه مصرى فأباحت له الدخول فى مدارسها وطالبته بأداء الخدمة العسكرية وأباحت له الاشتغال بالمحاماة وانما يجوز لهذا الشخص اكتساب الجنسية المصرية وفقا للمادة السابعة أو عن طريق التجنس . قارن ١٠ يناير ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ١٢٩ وكذلك ١٠ مايو ١٩٢٤ جازيت ١٥ . ٣٢ .

(٣) انظر المادة ٣٤ من معاهدة لوزان .

٤٢٧ — هذه هي الأحوال التي يمكن فيها اكتساب الجنسية المصرية الأصلية استنادا على جنسية الوالدين أو على محل الميلاد الذى تحيط به الظروف التي بيناها . ولكن هنالك حالة أخرى تكتسب فيها الجنسية المصرية على أساس الميلاد أيضا وان كانت تتميز مع ذلك باعتبارات هامة اضطرت المشرع الى أن يخصص لها مادة على حدة ، هي المادة السابعة التي تقرر في فقرتها الأولى « كل من ولد لأجنبي في القطر المصرى وكانت اقامته العادية فيه عند بلوغه سن الرشد يعد مصريا devient égyptien اذا تنازل عن جنسيته الأصلية renonce à sa nationalité d'origine وقرر اختياره الجنسية المصرية في خلال سنة من بلوغه هذه السن » . ويقرر هذا النص نفس الحكم الذى أوردته المادة الثانية من القانون العثمانى القديم[1] وان كان نص هذه المادة الأخيرة قد جاء سيئا في تحريره اذ استعمل عبارة « يسترد الجنسية العثمانية se revendiquer la nationalité ottomane » مما دعا الأستاذ Arminjon الى القول بأن الأجنبي يصبح عثمانيا من وقت ولادته[2] ، وخالفته بحق المحاكم المختلطة اذ اعتبرت أن الأجنبي يصبح عثمانيا من وقت اختياره . وقد أيدها في ذلك المرحوم الدكتور أبو هيف بك[3] وكذلك الدكتور الزيني[4] .

ويقرر المرحوم أبو هيف بك أن أساس النص العثمانى السالف الذكر ، — أي النص المقابل للمادة السابعة الحالية — اعتبارات سياسية خطيرة مبناها أن تظل العائلات الأجنبية متمتعة بجنسيتها الأجنبية فلا يلزم أبناؤها بالجنسية

---

(١) مع ملاحظة أن النص العثمانى يبيح هذا الاختيار في خلال مدة ثلاث سنوات ، وكذلك لم يشترط النص العثمانى شرط الاقامة العادية كما فعل النص المصرى الذى أحسن بذلك .

(٢) راجع مؤلفه « الأجانب وأصحاب الحمايات » ٨٤ وحجة الأستاذ لفظية أساسها استعمال كلمة revendiquer وكذلك اتباع ما كان مقررا في القضاء الفرنسى بشأن تفسير المادتين ٩ و ٢٠ من مجموعة نابليون التي أخذ عنها المشرع العثمانى الحكم السالف .

(٣) راجع مؤلفه ١٠٦ والأحكام المختلطة التي أشار اليها .

(٤) راجع مؤلفه ٢٨٢ وهامش (٤) .

العثمانية بل يكون لهم حق اختيارها اذا أرادوا . وهم لا يختارونها طبعا الا اذا كان لهم من ورائها مغنم خاص . فهذا النص اذن نادر التطبيق فى العمل لأنه يقرر حكما يخالف المتبع عادة فى أغلب الدول المتمدينة . اذ أن التشريعات الحديثة (كالتشريع الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٢٧) تقرر غالبا أن الأجنبي يصبح فى هذه الحالة وطنيا عند بلوغه وانما له الحق فى التنازل répudier عن جنسية الاقليم الذى ولد فيه واختيار جنسية والديه الأصلية [١] . فالحكم اذن عندنا مختلف اذ أن الأجنبي رغم ميلاده فى مصر ، ورغم اقامته العادية فيها فانه يظل أجنبيا الا اذا رغب فى الدخول فى الجنسية المصرية فيتم ذلك باعلان منه بعد بلوغه سن الرشد وفقا لأحكام قانونه (المادة ١٩ مصرى) فى ظرف سنة من هذا التاريخ. وهيهات أن يرضى الأجنبى بالتنازل عن امتيازاته فى سبيل الجنسية المصرية الا اذا كانت له منفعة ظاهرة كما أوضحه بجلاء فقيد العلم أبو هيف بك .

٤٢٨ — ويشترط لتطبيق هذه المادة السابعة ما يأتى : أولا : أن يكون الأجنبى قد ولد فى « القطر المصرى » [٢] ولا صعوبة فى هذا الشرط اذ المسألة هنا متعلقة بالاثبات فحسب . ثانيا : أن تكون اقامته العادية résidence habituelle فى مصر وقت بلوغه سن الرشد . وظاهر أن النص قد اكتفى بالاقامة العادية ولم يستلزم التوطن domicile وهناك فارق هام بين الاقامة العادية والموطن ، فالاقامة هى العنصر المادى من الموطن الذى يجب لتحققه توفر عنصر معنوى آخر وهو نية البقاء والتوطن باستمرار حسبما سنفصله فيما بعد . وفى اعتقادى أن المشرع ربما قصد التوطن [٣] ، ولم تعرض المسألة بعد أمام القضاء . أما تحديد

---

(١) راجع Pillet-Niboyet ١٣٨ . وقارن ١٢٩ حالة ، اذا كان أحد الوالدين مولودا فى فرنسا .

(٢) ويلاحظ أن هذا الاصطلاح أصبح غير متجانس مع استقلال مصر عن تركيا لأن القطر المصرى قد أصبح دولة تعرف باسم مصر أو المملكة المصرية .

(٣) وذلك لصعوبة التفرقة عملا بين التوطن والاقامة العادية وعلى أية حال فالصعوبة متعلقة بالاثبات ، اذ فى حالة الاقامة العادية يقصد الشخص مجرد الاقامة لا اتخاذ البلد موطنا مستمرا ، فهو ينوى دائما الرجوع الى موطنه الأصلى .

سن الرشد فيكون وفقا لقانون جنسية الأجنبى قبل اختياره الجنسية المصرية . وقد أتى النص على ذلك صراحة فى المادة ١٩ مصرى التى قضت على كل خلاف فى هذا الصدد . ثالثا : أن يختار الجنسية المصرية بعد تنازله عن جنسيته الأصلية وذلك فى خلال سنة من بلوغه سن الرشد .

وتقرر المادة السابعة فى فقرتها الثانية أنه « لمن توافرت فيه الشروط المقررة فى الفقرة السابعة اذا حال دون قيامه بالتقرير فى الوقت المناسب مانع أن يستأذن وزير الداخلية فى اجراء ذلك التقرير ويجوز أن يأذن له الوزير بذلك اذا أثبت قيام المانع ولم تزد مدة تأخيره عن سنة » .

فوزير الداخلية دون غيره هو المختص باعطاء هذا الاذن بالشروط السالفة . وربما كان أكثر موافقة أن يعطى هذا الاختصاص لوزير الحقانية ، ولكن يظهر أن الظروف الخاصة التى تحيط بتنفيذ هذا القانون دعت الى تفضيل وزير الداخلية. ونذكر بهذه المناسبة أن الوزير الأخير هو المختص بتنفيذ هذا القانون وباصدار جميع القرارات اللازمة لذلك وفقا لما قرره المشرع فى المادة ٢٧ من قانون الجنسية ، ومعنى ذلك أن المشرع قد أعطى وزير الداخلية تفويضا خاصا délégation باصدار القرارات تسهيلا لتنفيذ أحكام القانون ، ومن جهة أخرى فقد نص فى المادة ٢٠ أيضا على أن التقريرات واعلانات الاختيار [1] وعلى العموم جميع العرائض والطلبات المنصوص عليها فى قانون الجنسية يجب أن توجه الى وزير الداخلية بأن تسلم فى القطر المصرى الى المحافظة أو المديرية التى يكون فيها محل اقامة صاحب الشأن ، وفى الخارج الى الممثلين السياسيين للدولة المصرية أو الى قناصلها أو الى أى موظف آخر من موظفى الحكومة يرخص له وزير الداخلية بموجب قرار يصدر منه .

---

(١) انظر مع ذلك نص المادة ٢٦ الذى يقرر أنه « استثناء من حكم المادة العشرين من هذا القانون تعتبر صحيحة طلبات الاختيار الموجهة للحكومات الأجنبية المشار اليها فى المادة الثانية » .

٤٢٩ — ولقد قام الخلاف بين الشراح فى مصر على التكييف القانونى للحالة الواردة فى المادة السابعة . فيقول المرحوم أبوهيف بك ان هذه المادة الثانية من القانون العثمانى القديم تقرر حالة تجنس naturalisation اذ الجنسية المصرية التى يتحصل عليها الأجنبي وفقا لأحكامها جنسية لاحقة بعد الميلاد ، واكتسابه اياها معقود باختياره . وقد أيد هذا الرأى الدكتور الزينى . ويخالفهما الأستاذ رياض [١] مقررا أن اكتساب الجنسية فى هذه الحالة بعيد عن أن يوصف بكونه تجنس ، اذ لا توجد هنا حاجة لقبول الحكومة ، ومعلوم أن هذا القبول شرط أساسى لصحة التجنس . ولذا اعتبر الأستاذ أن الجنسية المصرية تكتسب هنا بطريقة أصلية ، واعتمد تأييدا لرأيه على أقوال بعض الشراح الفرنسيين بشأن المادة التاسعة القديمة من القانون المدنى والمادة الرابعة من قانون الجنسية الصادر فى أغسطس سنة ١٩٢٧ [٢] ، اذ اعتبروها ضمن حالات اكتساب الجنسية الأصلية . وظاهر أن الأستاذ فى وصفه لهذه الحالة بأنها حالة اكتساب جنسية أصلية قد أخذ بالتعريف الذى قال به بعض رجال الفقه للجنسية الأصلية على العموم ، ومداره الاكتفاء بمجرد واقعة الميلاد لمنح الجنسية بصفة أصلية ولو أن اكتسابها قد يأتى بعد الميلاد أى وقت بلوغ سن الرشد أو فى أثناء مادة القصر اذا طلب ذلك ولى الولد [٣] .

وللخلاف السابق أهميته من الوجهة النظرية وكذلك من الوجهة العملية ،

---

(١) مؤلفه . ١ . ١٠٤ . وتعطى المادة التاسعة الفرنسية القديمة الحق لمن يولد لأجنبي على الاقليم الفرنسى أن يطلب الجنسية الفرنسية ولو لم يكن مقيما بفرنسا وقت بلوغه بشرط أن يجعل اقامته فيها فى خلال سنة . أما المادة الرابعة من قانون ١٩٢٧ فتعطى الأشخاص الذين يولدون فى فرنسا لأجانب غير مولودين فيها ومقيمون فيها الجنسية الفرنسية اذا كانوا مقيمين فى فرنسا عند بلوغهم سن الحادية والعشرين الا اذا تنازلوا عنها . وظاهر الفرق الكبير بين الحكمين .

(٢) راجع Pillet-Niboyet ١٣٨ وما بعدها وبخاصة ١٤٦ وكذلك المادة ٨ فقرة ثالثة م . ف .

(٣) قارن Pillet-Niboyet . ١٤٨ وما بعدها وقارن Survill ٨٥ وما بعدها .

اذ لو اعتبرنا أن اكتساب الجنسية المصرية هنا حاصل عن طريق التجنس فانه يباح سحب الجنسية من هؤلاء الأشخاص ، اذا ما ارتكبوا من الأعمال ما يدعو الى ذلك .

٤٣٠ — وفى اعتقادى أن فى كل من الرأيين جانبا من الصواب ، ولكن مع ذلك فانى لا أشير بالأخذ بأحدهما ، بل أعتبر أن الحالة التى أوردتها المادة السابعة حالة خاصة sui generis وسط بين الجنسية الأصلية والتجنس العادى . ويؤيد ذلك الظروف الخاصة السياسية التى أثرت فى وضع هذا النص فجاء غير متفق تماما مع نص المادة التاسعة الفرنسية القديمة [١] ، ولذلك لا نقر الأستاذ رياض فى استناده على أقوال الشراح الفرنسيين ، وفوق هذا فان النص المصرى صريح فى أنه لا يقرر جنسية أصلية اذ يقرأ فيه « اذا تنازل الأجنبى عن جنسيته الأصلية » أى أن هذا الأجنبى بتحصله على الجنسية المصرية انما يتحصل على جنسية جديدة لاحقة بطريقة خاصة [٢] . ازاء ذلك فانا نصف اكتساب الجنسية المصرية فى هذه الحالة بأنه حاصل بناءعلى تجنس قانونى naturalisation de droit لا تجنس عادى ، كما ذهب اليه أنصار الرأى الأول . فمجرد استيفاء الشروط الموضوعية السابقة واعلان الاختيار لوزير الداخلية يكسب الأجنبي الجنسية المصرية ولا يمكن للحكومة المصرية أن ترفض طلبه ، بخلاف الحال فى التجنس العادى فان للحكومة الحق فى رفض الطلب أو قبوله . ومما يدل دلالة واضحة على أن اكتساب الجنسية المصرية بموجب المادة السابعة حاصل بناءعلى التجنس الرجوع الى نص المادة العاشرة التى قررت جواز سحب الجنسية عمن دخل فيها طبقا للمواد السابعة والثامنة والتاسعة فى أحوال معينة . والمادتان الثامنة والتاسعة خاصتان بالتجنس العادى ، فاضافة المشرع المادة السابعة لهاتين المادتين دليل على الشبه الموجود بينها جميعا . ومن المبادىء المقررة أنه لا يسوغ فى

---

(١) اذ توجد فوارق كثيرة بين النص المصرى والنصوص الفرنسية القديمة والحديثة قارن المراجع السابقة .

(٢) ولا يعقل أن تكون له جنسيتان أصليتان فى وقت واحد .

الأصل اسقاط الجنسية الأصلية وانما يسوغ فقط، اسقاط الجنسية المكتسبة .

ويسرى نص المادة السابعة على الماضى اذ نص المشرع على ذلك صراحة فى الفقرة الثالثة منها فى قوله « كذلك يجوز للوزير أن يأذن لمن توافرت فيه الشروط المتقدمة قبل نشر هذا القانون، بأن ينتفع بالحكم المتقدم فى خلال السنة التالية لهذا النشر » .

وقد أتى وضع المادة السابعة عقب المادة السادسة مباشرة نظرا للعلاقة القوية التى تربط نصها بنص المادة السادسة فى فقرتها الرابعة، اذ أن كلا منهما يشترك فى تنظيم جنسية أولاد الأجانب المولودين فى مصر . فالفقرة الرابعة فى المادة السادسة خاصة بأولاد الأجانب الشرقيين، وأما المادة السابعة فخاصة بأولاد الأجانب الغربيين . ولكن لا نزاع فى أن الجنسية المصرية المقررة فى المادة ٦ فقرة ٤ جنسية أصلية [١] .

ب — فى تنظيم الانفصال

بين

الجنسية المصرية الحديثة والجنسية العثمانية القديمة

٤٣١ — يرى من البيانات التاريخية التى أوردناها بشأن الجنسية فى مصر قبل ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ أن المصريين جميعا كانوا معتبرين عثمانيين فى نظر القانون، فلم يكن للجنسية المصرية وجود قانونى، ولكن بعد أن تنازلت تركيا عن سيادتها على مصر بمقتضى معاهدة لوزان تنازلا يرجع فى تاريخه الى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ انقطعت كل علاقة قانونية بين الدولتين، وأصبحت الجنسية المصرية قائمة بذاتها منذ ذلك التاريخ وان تأخر صدور القانون المنظم لها حتى سنة ١٩٢٩ .

٤٣٢ — ومن الطبيعى بعد الاعتراف بالانفصال السياسى أن يتم

---

(١) قارن Messina ۲ · ۱۸۸ — ۱۹۲ حيث تجد تأييدا لرأينا فى اعتباره هذه الحالة ضمن حالات الجنسية المكتسبة . ويمكن القول بأن اكتساب الجنسية المصرية هنا حاصل بفضل القانون Acquisition par le bienfait de la loi وهو ما أيدناه .

الانفصال بين الجنسية المصرية والجنسية العثمانية القديمة ، وأن يعرف بناء على ذلك الأشخاص الذين يدخلون فى تكوين الدولة المصرية الحديثة . ومن المعلوم أن هؤلاء الأشخاص كانوا عثمانيين قانونا فيما مضى ، ولم يكن من المعقول أن يقرر المشرع المصرى جزافا أن جميع العثمانيين الذين كانوا مقيمين فى مصر وقت صدور قانون الجنسية المصرية يصبحون مصريين ، اذ ضمن هؤلاء من يفضل البقاء على جنسيته العثمانية ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان درجة اتصالهم بالبلاد ليست متساوية حتى يمكن اعتبارهم جميعا أعضاء فى الدولة الجديدة ، ولذا كان منطقيا ، أن يستلزم المشرع بعض صفات مميزة فى العثمانيين القدماء سواء أكانوا مقيمين فعلا فى مصر وقت صدور القانون أم كانوا مقيمين فى مصر قبل ذلك حتى يمكن اعتبارهم حتما أو بناء على طلبهم فقط ، أو بناء على طلبهم وعدم المعارضة من جانب الحكومة ، ضمن المصريين . وتكفل الشارع بوضع القواعد المنظمة لعملية الانفصال بين الجنسية العثمانية والجنسية المصرية فى المواد ١ — ٥ من قانون الجنسية . فتنظم هذه المواد حالة العثمانيين القدماء الذين وجدوا فى مصر فعلا وقت العمل بهذا القانون ، أو الذين كانوا مقيمين فيها وقت انفصال مصر عن تركيا انفصالا قانونيا ثم غادروها ولكنهم راغبون فى الجنسية المصرية ، ومؤداها اعتبار جانب كبير من هؤلاء الأشخاص مصريين . ويمكننا القول اجمالا ان المواد ١ — ٥ تبين من هم المصريون وقت العمل بقانون الجنسية أى المصريون حالا بخلاف المواد ٦ وما بعدها فانها تبين المصريين استقبالا . ومن هنا تظهر العلاقة القوية بين المواد الخمس الأولى والمادة السادسة ، اذ لا يمكن تطبيق الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة الأخيرة الا بعد معرفة من هو الأب أو الأم المصرية ، ولا يمكن الوقوف على ذلك الا بعد مراجعة أحكام المواد الخمس السابقة . ومعلوم أن الجنسية المصرية الأصلية انما تبنى بصفة أصلية على علاقة البنوة المصرية نظرا لمركز مصر الخاص .

٤٣٣ — عرفنا أن الجنسية المصرية تعتبر موجودة من الوجهة القانونية ابتداء من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ، وأما قبل هذا التاريخ فكان المصريون رعايا عثمانيين ، لأن مصر كانت ايالة عثمانية من الوجهة القانونية دون الواقعية ، ومما يؤيد ذلك أن مصر قد بقيت على الحياد ابان الحرب الايطالية العثمانية المعروفة بحرب طرابلس سنة ١٩١١ (١) . والواقع أن هذه الحالة الواقعية سبب فى نشوء مركز خاص للمصريين اعترفت به الدولة العثمانية . فكان لهم قبل سنة ١٩١٤ وحدة خاصة بهم داخل الجنسية العثمانية أعطتهم صفة الرعوية المحلية indigénat فكان المصرى يعرف الى أجل قريب بأنه « رعية محلية sujet local » ، وما زال العرف جاريا على استعمال هذا اللفظ الممقوت الذى يدل دلالة ظاهرة على نقص السيادة ، لأنه يفيد خروج بعض الأشخاص عن سلطان الدولة ، وعدم وجود جنسية خاصة للمصريين ، الأمر الذى تحقق أخيرا بفضل مرسوم بقانون سنة ١٩٢٩ .

٤٣٤ — فمن هم الرعايا المحليون قديما ؟ لا شك فى أن المراد بهم أولا أهالى البلد المتوطنين فيها منذ زمن بعيد أو من يطلق عليهم بالفرنسية لفظة autochtones ويضاف اليهم بعد ذلك رعايا الدولة العلية الذين نزحوا الى مصر بعد الفتح العثمانى . وهؤلاء جميعا يتمتعون بالجنسية العثمانية ويخضعون لسلطة الحكومة المحلية لأنهم ليسوا من رعايا الأجانب المتازين أو من أرباب الحمايات .

٤٣٥ — ولكن لما كانت مصر متمتعة فى هذا العهد بنوع من الاستقلال الذاتى رغم تبعيتها لتركيا — اذ كانت لها هيئاتها النيابية وكذلك جيشها الخاص وادارتها المستقلة — كان من اللازم تحديد الأشخاص الذين لهم حق الانتخاب

---

(١) وان كان البعض يقرر أن بقاءها على الحياد فى هذه الحرب انما يرجع الى اتفاق المتحاربين أنفسهم لا لمركز مصر الخاص . راجع مذكرة المرحوم صاحب الدولة عدلى يكن باشا الى وزير اليونان المفوض فى ٢ يونيه ١٩١٤ وهى منشورة فى مجموعة « اصبجى وكولومبانى » . ٦٩ .

والتوظف والقيام بالخدمة العسكرية[1] ، ولم ير فى ذلك العهد اطلاق هذه الحقوق لكل الرعايا المحليين العثمانيين جنسية ، بل رؤى أنه من الأوفق التمييز بين هؤلاء الرعايا ، فوضع المشرع جملة قوانين أهمها الأمر العالى الصادر فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٠ ، وقد بين فيه من لهم حق الانتخاب . والواقع أن هذه القوانين قد حدد كل منها بحسب أغراضه تلك الطائفة من سكان البلاد العثمانيين جنسية والمصريين من رعايا الحكومة المحلية les égyptiens sujets locaux الذين يحق لهم مباشرة حق الانتخاب أو التوظف أو القيام بالخدمة العسكرية على حسب الأحوال . ويتبين من مراجعة نصوصها أن الشخص قد يعتبر مصريا رعية محلية فى نظر احداها دون الأخرى ، مما يدل على أن المشرع لم يقصد مطلقا اعطاء صفة جنسية خاصة لهؤلاء الأشخاص كى تسرى دائما فى مواجهة الجميع ، بل كان المقصود استلزام توفر شروط معينة لاستعمال حق من الحقوق . فاذا توفرت هذه الشروط فى الشخص أتيح له استعمال هذا الحق ، حتى لو انتقص شرط منها بعد ذلك ما جاز له أن يزاول الحق مرة أخرى . فوفقا للأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ ، لكل من توفرت فيه شروط استعمال حق الانتخاب الحرية فى الاشتراك فى الانتخاب عند حصوله ، فاذا أجرى انتخاب جديد وكان قد سقط عنه أحد الشروط السالفة ، كانقطاع اقامته فى القطر المصرى ، فانه لايجوز له مباشرة هذا الحق ولو عاد الى مصر بقصد الانتخاب . وخلاصة ما تقدم أن الرعوية المحلية ليست جنسية .

٤٣٦ — على أنه عندما طرحت على بساط البحث مسألة من هو الأب المصرى أمام لجنة الشئون الخارجية بمجلس النواب ؛ تأثرت اللجنة بالحالة الواقعية السالفة الذكر أكثر من تأثرها بالحالة القانونية . ومقتضى هذه الأخيرة الاعتراف بالجنسية المصرية فقط منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ، فاعتبرت اللجنة أن الجنسية

---

(١) قارن Messina . ٢ . ١٥٩ — ١٦١ حيث تعرض لتحديد معنى اصطلاح indigénat égyptien بما لايخرج عما بيناه فى الصلب هنا .

المصرية كانت قائمة منذ أجيال تحت اسم الرعوية المحلية [١] ، ومعلوم أن الرعوية المحلية قد تحددت بجملة قوانين ، فاختارت اللجنة من بينها القانون الصادر فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٠ وارتكنت عليه فى الرجوع الى تعريف الأب المصرى تعريفا يرجع فى الواقع الى الماضى وتثبت به جنسية الأبناء المصريين منذ العمل بقانون الجنسية .

٤٣٧ — فمن اللازم اذن أن نشرح المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٠ ، وهاهو نصها « عند اجراء العمل بقانون الانتخاب الصادر فى أول مايو سنة ١٨٨٣ يعتبر حتما من المصريين الأشخاص الآتى بيانهم : أولا : المتوطنون فى القطر المصرى قبل أول يناير سنة ١٨٤٨ وكانوا محافظين على محل اقامتهم فيه . ثانيا : رعايا الدولة العلية المولودون فى القطر المصرى من أبوين مقيمين فيه متى حافظ الرعايا المذكورون على محل اقامتهم فيه . ثالثا : رعايا الدولة العلية المولودون والمقيمون فى القطر المصرى الذين يقبلون المعاملة بمقتضى قانون القرعة العسكرية سواء بأدائهم الخدمة العسكرية أو بدفع البدلية . رابعا : الأطفال المولودون فى القطر المصرى من أبوين مجهولين .

ويستثنى من الأحكام المذكورة الذين يكونون من رعايا الدولة الأجنبية أو تحت حمايتها » .

ولقد ظهرت الفقرات الثلاث الأول السالفة فى مشروع اللجنة فى مادته الثانية التى ورد بها تعريف الجنسية المصرية فى الماضى . وكذلك فى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ حيث تقول « يعتبر داخلا فى الجنسية المصرية بحكم القانون كل من يعتبر فى تاريخ نشر هذا القانون مصريا بحسب حكم المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٠ » . فما هو مؤدى هذه الفقرات الثلاث ؟ .

٤٣٨ — أما الفقرة الأولى فيراد بها بصفة عامة أهل البلاد الأصليين

---

(١) سيرى أن هذا الافتراض القانونى كان سببا فى اثارة خلافات كثيرة .

الذين تنطبق عليهم تماما كلمة indigénat سواء أكانوا حقيقة مصريين أم كانوا بلا جنسية أصلا ، اذ يكفى توطنهم فى البلاد قبل أول ينـاير سنة ١٨٤٨ (١) ومحافظتهم على هذه الاقامة حتى يمكن اعتبارهم مصريين صميمين لتعاقب الأجيال المتعددة .

أما الفقرة الثانية فيقصد بها العثمانيون الذين نزحوا الى البلاد فأقاموا فيها وتناسلوا ، فالعثمانى الذى يجىء الى مصر ويقيم فيها يبقى عثمانيا ، ولكن أولاده المولودين فى مصر ، يصبحون مصريين فى حكم قانون الانتخاب اذا حافظوا على اقامتهم فى مصر ويمكننا أن نقرب بين هذا الحكم وبين نظيره الوارد فى المادة ٦/٤ فوفقا لحكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ يفترض المشرع أن ميلاد الأولاد فى مصر وتوطنهم فيها مضافا اليه أن آباءهم عثمانيون متوطنون فيها أيضا يكفى لاعتبـارهم مصريين بحكم القانون كما اعتبر أولاد الشرقيين الذين يولدون فيهـا مصريين بالشروط الواردة فى المادة ٦/٤ .

أما الفقرة الثالثة فخاصة بأولئك العثمانيين الذين يولدون فى مصر ويقيمون فيها دون آبائهم ، فانهم مع ذلك معتبرون مصريين لو أنهم قبلوا المعاملة بقانون الخدمة العسكرية سواء بأداء الخدمة أو بدفع البدل . فوفقا لهذه الفقرة يفترض المشرع أن ميلاد هؤلاء العثمانيين فى مصر واقامتهم فيها مضاف اليه قبولهم المعاملة بقانون الخدمة العسكرية يقوم مقام توطن آبائهم فى مصر ، أى أن اكتسابهم للجنسية المصرية موقوف فى الحقيقة على عمل اختيارى من جانبهم وهو تأديتهم للخدمة العسكرية أو دفعهم للبدل ، فان فعلوا اعتبروا مصريين فيما يتعلق بحق الانتخاب .

أما الفقرة الرابعة فظاهرة كل الظهور وقد كرر الشارع حكمها فى قانون

---

(١) ويصعب الوقوف على العلة فى تحديد هذا التاريخ وربمـا كان لمعاهدة لندن ١٨٤١ التى تحدد بها مركز محمد على باشا فى مصر دخل فى ذلك .

سنة ١٩٢٩ فى المادة ٦/٣ وسبق أن بيناها .

٤٣٩ — فأحكام الثلاث فقرات الأولى واردة فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ . وتقرر هذه الفقرة الأخيرة الجنسية المصرية بحكم القانون لطائفة من الناس . فمن اكتسب الجنسية بناء على حكمها جاز له التمتع بها ولو بارح مصر الى الخارج وانقطعت اقامته فيها ، وفوق هذا يعتبر أنه كان دائما مصريا ، أى أن حكم هذه المادة كاشف للجنسية المصرية [1] . وقد رأينا أن الحال كانت على عكس ذلك بالنسبة للأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ اذ كانت تزول الرعوية المحلية عن الأشخاص المذكورين فيه لو انقطعت اقامتهم عن الديار المصرية . والحكم الأخير مفهوم لأن الرعوية المحلية ليست جنسية حتى تلحق الشخص فى الخارج والداخل وانما هى صفة تلحق الأشخاص عند استيفائهم لشروط معينة ، فتبيح لهم استعمال حق الانتخاب فاذا انتخب الشخص مرة ثم انقطعت اقامته عن مصر وجاء اليها اتفاقا أو عن عمد ، بعد ذلك فانه لا يستطيع الانتخاب فى المرة الثانية لأن شرط الاقامة غير متوفر .

٤٤٠ — ويشترط لتطبيق الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ نفس الشروط التى كانت تستلزم لتطبيق الأمر العالى الصادر فى

---

(١) ويظهر هذا جليا من سكوت المشرع عن تحديد تاريخ اكتساب هؤلاء الجنسية المصرية وكذلك من تقرير لجنة الشئون الخارجية بمجلس النواب ومن المذكرة الايضاحية لوزارة الداخلية ، فجاء فى الأول أن الجنسية المصرية قائمة منذ أجيال طويلة ... وان قانون ٢٩ يونيه ١٩٠٠ خاص بتعريف الجنسية المصرية فى الماضى . وأما الثانية فأشارت الى العلة فى ايراد نص المادة الأولى فى الدكريتو السابق فى قانون الجنسية الجديد . فى اعتقادنا أنه ربما كان من الأولى الخضوع للمركز القانونى واعتبار الجنسية المصرية موجود فقط منذ ٥ نوفبر سنة ١٩١٤ بدلا من التمسك بأهداب تحايل قانونى والقول بوجود الجنسية المصرية منذ زمن بعيد وما يترتب على ذلك من اشكالات مختلفة سنعرض اليها فيما بعد . وفى عبارة المشرع الفرنسية ما يشعر بميله نحو هذا الرأى اذ قال sont considérés comme ayant acquis أى أن الجنسية المصرية هى جنسية مكتسبة مبناها التجنس الجمعى naturalisation collective والقاعدة أن لكل تجنس تاريخا يبدأ فيه . قارن كذلك Messina ٢ . ١٨١ — ١٨٤ .

سنة ١٩٠٠ ، لأن هـذا الأمر العالى أصبح الآن جزءا من قانون الجنسية المصرية ، ومن أهم هذه الشروط شرط المحافظة على الاقامة فى مصر حتى تاريخ نشر هذا القانون وهو ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ . ويظهر ذلك فى قول المشرع «كل من يعتبر فى تاريخ نشر هذا القانون [١] مصريا بحسب حكم المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ » . ومن الطبيعى أن يتشدد المشرع هنا فيستلزم عدم انقطاع الاقامة حتى نشر هذا القانون لأنه يضع فى هذه المادة أساس الجنسية المصرية فاذا كان قد استلزم دوام الاقامة حتى يستعمل الشخص حقه فى الانتخاب فمن باب أولى ، لا بد من استلزامها لاعتبار هذا الشخص مصريا بحكم القانون قادرا على اعطاء الجنسية لأولاده من بعده . فالعثمانى الذى كان يقيم عادة فى مصر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ واستوفى فى ذلك العهد جميع شروط الأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ لا يمكن اعتباره مصريا بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى لانقطاع اقامته ، ولـكن يمكنه اكتساب الجنسية المصرية تطبيقا للمادة الرابعة . فاذا قلنا باعطائه الجنسية المصرية رغم انقطاع اقامته لأصبحت المادة الرابعة مادة ملغاة ومن المعلوم أن اعمال النص خير من ابطاله . وهذا الرأى المخالف يقول به الأستاذ الزينى [٢] . وأساس الخلاف بيننا أن نقطة البداية عنده اعتبار الرعوية المحلية جنسية تلحق الشخص فى الداخل والخارج متى استعمل الشخص حقه فى الانتخاب ولو مرة واحدة فعندئذ يجب اعتبار هذا الشخص مصريا ولو لم يكن مقيما فى مصر وقت نشر القانون ، وهـذا ما لا نوافق عليه ، لما سبق أن قلته من أن الرعوية المحلية كانت متغيرة بحسب القوانين المختلفة ، وأن أهميتها كانت مقصورة على أغراض داخلية [٣] بحتة، ولأن

---

(١) وفى النص الفرنسى « à la date de la publication de la présente loi » .

(٢) راجع مؤلفه الملحق ٥٨٦ وما بعدها حين تجد تفسيرا وتجريحـا لنصوص القانون لا نقره عليه .

(٣) راجع مؤلف « أبو هيف بك » ٢١٣ — ٢١٤ حيث تجد تأييدا لوجهة نظرنا .

المشرع استلزم صراحة ضرورة توفر شروط الاقامة فى مصر وقت نشر القانون . والواقع أن قانون الجنسية المصرى الأخير قد فوض للأمر العالى السالف الذكر مهمة تعريف الأب المصرى فيجب بداهة أن يطبق هذا الأمر العالى كاملا ولا يمكن أن يطبق على أشخاص انقطعت اقامتهم عن مصر .

وقد استثنت المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ من أحكامها رعايا الدول الأجنبية أو من يتمتعون بحمايتها ، وهذا الاستثناء ظاهر الآن بالنسبة لرعايا الدول الأجنبية ، أما بالنسبة لمن يكونون تحت حمايتها فلامحل له فى قانون الجنسية ، اذ قد يحتمل أن يكون الشخص مصريا ومع ذلك متمتعا بحماية دولة أجنبية لسبب من الأسباب كتوظفه فى سفارة احدى الدول الممتازة . وقد كان الاستثناء مفهوما فى الأمر العالى لأن مؤداه هو حرمان الشخص من حق الانتخاب فقط دون حرمانه من جنسيته الأصلية [(١)] .

٤٤١ — وقد اعتبر المشرع أيضا ضمن المصريين قانونا طائفة أخرى من العثمانيين نص عليهم فى الفقرة الثالثة من المادة الأولى فى قوله « من عدا هؤلاء من الرعايا العثمانيين الذين كانوا يقيمون عادة فى القطر المصرى فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وحافظوا على تلك الاقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون » . وظاهر من صياغة هذه المادة أن الأشخاص المذكورين فى الفقرتين الأولى والثانية هم عثمانيون فى الأصل قانونا ولكنهم قد استوفوا شروطا وأوصافا معينة جعلتهم فى نظر المشرع مصريين صميمين . ولم يرض المشرع بالوقوف عند هذا الحد فى بيان من هم المصريون قانونا بل توسع فى منح الجنسية المصرية فاعترف بها لطائفة

---

(١) وسنبين بعد عند الكلام فى أصحاب الحمايات نظرية المحاكم المختلطة فى اعتبار الحماية بالنسبة لاختصاصها كما لو كانت جنسية اتفاقية مؤقتة nationalité conventionelle et provisoire هذا وقد رأت لجنة قيد المنتخبين بالبحيرة عدم التصريح للمصريين المتمتعين بحماية دولة أجنبية بممارسة حق الانتخاب .

وعلى ذلك لايصح ادراج وكلاء القناصل فى الكشوف رغم سكوت قانون الانتخاب مرجع القضاء ملحق . ٩٦ وهذا لاينفى كونهم مصريين جنسية .

جديدة من العثمانيين لم يدخلوا تحت حكم الفقرة الثانية السالفة الذكر وذلك لاقتصارها على أهالى البلاد الأصليين وجماعة من العثمانيين قوى اتصالهم بالبلاد مما يسوغ اعتبارهم مصريين . ولم يتطلب المشرع من هؤلاء الأشخاص المذكورين فى الفقرة الثالثة سوى أن يكونوا قد حددوا اقامتهم فى مصر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وحافظوا على تلك الاقامة حتى ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ . فالاقامة وحدها طوال هذه المدة كافية فى نظر المشرع لاعتبار هؤلاء الأشخاص مصريين . وكان من الطبيعى اعتبارهم من الأجانب تحقيقا لعملية الانفصال بين الجنسية المصرية الحديثة والجنسية العثمانية القديمة ، ولأن الاقامة وحدها لاتكفى عادة لاكتساب جنسية الدولة بنص القانون ، كما أنه كان من الممكن تعليق اكتسابهم للجنسية المصرية على طلبهم اياها كما فعل المشرع بالنسبة للأشخاص المذكورين فى المادة الثالثة ، ولكن يظهر أن المشرع فضل اعتبارهم مصريين بحكم القانون مكتفيا بمجرد الاقامة على وجه الاستمرار فلم يستلزم فيهم لا الميلاد ولا توطن الأباء ، ولا سبق قبولهم الخدمة العسكرية كما رأينا بالنسبة لمصريى الفقرة الثانية من العثمانيين النازحين الى مصر .

واذا وازنا بين عدد الأشخاص الذين يعتبرون مصريين لاستيفائهم الشروط الواردة فى الفقرة الثانية ، وعدد أولئك الذين يعتبرون مصريين بفضل الفقرة الثالثة عند عدم استيفاء شروط الفقرة الثانية ، وجدنا أن هؤلاء الأخيرين قليلون ، وعلى هذا يكون حكم المشرع بالنسبة لهم مبناه العطف عليهم . فليس بصحيح اذن ماذهب اليه البعض [(١)] من أن الفقرة الثانية من المادة الأولى لافائدة فيها ، اذ فى الواقع أن الفقرة الثالثة قليلة الأهمية ، لأن المستفيدين من حكمها قليلوا العدد وقد قصر عليهم حكم هذه الفقرة . فالفقرة الثانية اذن

---

(١) مع مراعاة وجود الفقرة الثانية . هذا ولم يكن من الكياسة الاستغناء عن الفقرة الثانية اكتفاء بالشرط الوارد فى الفقرة الثالثة ، اذ أن ذلك يشعر بجلاء أن الجنسية المصرية وليدة الجنسية العثمانية وهذا مارفضه واضعوا القانون كما هو ظاهر من الأعمال التحضيرية .

في الفقرة الرئيسية ولا يغير من هذا الحكم في شيء أن يكون الشخص الذى تتوفر فيه شروط هذه الفقرة مستوفيا حتما لشروط الفقرة الثالثة لأن من يملك الكثير يملك القليل ، وعلى ذلك يصح أن تتوفر فى شخص شروط الفقرة الثالثة دون شروط الفقرة الثانية كما سبق أن أوضحناه فيعتبر مصريا مع ذلك بحكم القانون .

وليس الحكم الوارد فى الفقرة الثالثة مستحدثا فى قانون سنة ١٩٢٩ اذ له نظيره فى مرسوم الجنسية الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٢٦ حيث تنص المادة الثانية منه على ما يأتى « يعتبر قد دخل الجنسية المصرية منذ ٥ نوفمبرسنة ١٩١٤و بحكم القانون الرعايا العثمانيون الذين كانوا يقيمون عادة فى القطر المصرى فى ذلك التاريخ وحافظوا على تلك الاقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون » (وهو ٣١ مايو سنة ١٩٢٦) . وظاهر أن النصين متطابقان مع خلاف بسيط بشأنه تاريخ دخول هؤلاء الأشخاص الجنسية المصرية . فوفقا للنص القديم يعتبرون مصريين منذ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ أما وفقا للنص الجديد فدخولهم الجنسية المصرية غير محدد بتاريخ .

ولقد دار الخلاف حول معرفة ما اذا كان العثمانيون الذين غادروا الديار المصرية بعد ٣١ مايو سنة ١٩٢٦ [٢] وانقطعت اقامتهم فيها يتمتعون بالجنسية المصرية أو لا . جلى أن نص قانون سنة ١٩٢٩ يستلزم المحافظة على الاقامة حتى ١٠ مارس ١٩٢٩ لكى يعترف لهؤلاء الأشخاص بالجنسية المصرية ، ولكن مع ذلك وجد من قال بالرأى العكسى . فيقرر الدكتور الزينى [٣] أن لهؤلاء العثمانيين حقا مكتسبا بموجب القانون القديم وأنه يجب احترام هذا الحق والا ارتبكت معاملاتهم التى رتبوها باعتبار أنهم مصريون منذ سنة ١٩١٤ على حسب منطوق

---

(١) راجع الأستاذ الزينى الملحق ٥٨٥ .

(٢) وهو تاريخ نشر قانون سنة ١٩٢٦ .

(٣) مؤلفه الملحق ٥٩٠ — ٥٩١ .

المادة الثانية القديمة . ويرى الأستاذ رياض [١] أن تمتع هؤلاء الأشخاص بالجنسية المصرية مداره وجود مظهر خارجي يدل على ذلك كالتعيين فى وظيفة حكومية [٢] بناء على هذا الاعتبار أو حصول الشخص على جواز سفر الخ . فان لم يوجد هذا المظهر الخارجي فلا يمكن اعتبار هؤلاء الأشخاص مصريين .

أما نحن فنقرر أن قانون سنة ١٩٢٩ هو القانون الوحيد الواجب التطبيق ولا محل هنا للقول بوجود حق مكتسب للفرد ضد الدولة فى اكتساب جنسيتها رغم نص المشرع على ضرورة توافر شرط الاقامة فى حق أولئك الأشخاص حتى ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ ، وعلى الغائه لقانون سنة ١٩٢٦ الغاء صريحا [٣]، واعتباره كأن لم يكن الا ما استثنى منه بنص صريح ، كما سنرى عند الكلام فى المادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٩ . والواقع أننا هنا فى نطاق القانون العام ويمكن القول بأن لقانون الجنسية قوة شبه دستورية اذ ينظم أهم رابطة بين الفرد والدولة . ولا شك فى أن الدولة مطلقة الحرية فى تقرير هذه العلاقة وتقديرها على الوجه الملائم [٤] وبخاصة عند وضع أسس جنسيتها ، فلا يمكن أن يكون المشرع قد قصد الاحتفاظ بالجنسية لأشخاص — هم فى الأصل أجانب — مع أنهم غادروا البلاد وانقطعت اقامتهم فيها . يضاف الى هذا أنه رغم وجودهم فيها

---

(١) مؤلفه ١ ، ١٢٧ .

(٢) ويلاحظ أنه اذا استمر الشخص فى وظيفته فلا محل للمنازعة .

(٣) فيقرر النص الفرنسى للمادة ٢٥ .

Est et demeure abrogé le Décret-Loi du 26 Mai 1926 sur la nationalité égyptienne

هذا ويلاحظ أن التشريع المصرى للجنسية موضوع فى مواده ١ — ٥ لحكم الماضى لا لحكم المستقبل فكيف يمكن أن تثار مسألة الحقوق المكتسبة . ونذكر بهذه المناسبة أن التشريع الألمانى بشأن الجنسية الصادر فى سنة ١٩٣٦ جعل أساس الجنسية الألمانية الجنس الآرى فلا يمكن لليهود الألمان أن يتمسكوا بحقهم المكتسب فى الجنسية الألمانية .

(٤) قارن تعليقنا على مؤلف الأستاذ رياض فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . العدد الثانى . ٢٣٠ . وكذلك مقال Mirkine-Guetzévitch فى كتاب الجنسية السابق الاشارة اليه ٦٩ — ٩٧ فى العلاقة بين الجنسية والدستور .

كان التردد ظاهرا فى منحهم الجنسية المصرية . وليس أدل على ذلك من غياب نص مماثل فى مشروع لجنة مجلس النواب المعدل لقانون سنة ١٩٢٦ ، فاللجنة لم ترض ، على ما يظهر ، أن تعتبر هؤلاء الأشخاص ضمن المصريين ولكن المشرع فى سنة ١٩٢٩ خالف هذا الرأى فاعتبرهم مصريين ولم يحدد لدخولهم الجنسية المصرية تاريخا كما فعل فى سنة ١٩٢٦ بل سواهم فى الحكم بالمصريين الحقيقيين فجمعهم معهم فى مادة واحدة ، وفى هذا ما يشعر بروح التوسع من جانب المشرع ، ومن الصعب علينا تبريرها . ازاء هذه الاعتبارات لا يكفى أن يكون الخوف من ارتباك معاملات هؤلاء الأشخاص سببا لأن يعترف لهم بالجنسية المصرية خلافا لارادة المشرع ، على أنه يقلل من أهمية هذا الاعتراض أن حقوق الغير الذين تعاملوا مع هؤلاء الأشخاص على اعتبار أنهم مصريون فى مأمن لأنها حقوق خاصة ، وذلك وفقا للمبدأ المعروف . . . Res inter alios ولأن الجنسية علاقة بين الدولة والفرد فلا يتأثر بهـا الغير فى حقوقه الخاصة . وسنعود الى هذه المسألة بمناسبات كثيرة فيما بعد .

ومن الجهة الأخرى لا يمكننا الأخذ بتفرقة المظهر الخارجى لأنها تجعل التمتع بالجنسية المصرية رهن المصادفات والظروف . وهذا ما لا نقره . ومفهوم من روح تشريع سنة ١٩٢٩ ، ومن مذكرته الايضاحية ، أن هذا القانون هو الوحيد المنظم للجنسية المصرية . وانه لا عبرة بقانون سنة ١٩٢٦ الذى لم يخرج الى حيز التنفيذ بل كان من المفروض أنه صدر بتسرع زائد أريد تداركه فيما بعد بقانون سنة ١٩٢٩ . وفى النهاية فان الرأى الذى قلنا به هو المتبع عملا فأفتى به قلم قضايا الداخليــة مرارا [١] وأخذ به القضــاء المختلط فى أحكام استئنافية

---

(١) ومنها فتوى صدرت فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٩ بشأن رجل حجازى (مسعود صالح عباس) حضر الى مصر فى سنة ١٩٢٤ فطلب لتأدية الخدمة العسكرية فى سنة ١٩٢٨ ، أى بعد صدور قانون الجنسية فى سنة ١٩٢٦ ، ذلك القانون الذي يكسبه الجنسية المصرية (المادة ٣) بحكم القــانون . فلما تظلم الرجل وعرض الأمر على قلم القضــايا أفتى بايقاف اجراءات الاقتراع ، وبأن هذا الرجل لم يكتسب المصرية لأن المرسوم بقانون سنه ١٩٢٩ لم يعتبر العثمانيين الذين حلوا بمصر بعد ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ مصريين بحكم القانون كما كان الحال فى قانون سنة ١٩٢٦ ، بل يجب أن يقدموا طلبا بذلك . وهذا الرجل لم يقدم طلبا بل اختار الجنسية =

وابتدائية متعددة [١] .

٤٤٢ — وهناك عثمانيون ميزهم المشرع عن الجميع فاعتبرهم مصريين بلا شرط ولا قيد وهم أعضاء الأسرة المالكة [٢] . وقد أتى النص بشأنهم فى الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ . فانقطع بذلك كل شك فى أمرهم لعدم النص عليهم فى قانون سنة ١٩٢٦ [٣] .

وخلاصة ما تقدم أن المشرع المصرى فرض جنسيته فرضا على الأشخاص المذكورين فى المادة الأولى فى فقراتها الثلاث لأنه اعتبرهم داخلين فى كيان الدولة المصرية ، ولذلك اعتمد عليهم كأساس للجنسية المصرية الأصلية ، بمعنى أن أولادهم يصبحون مصريين لبنوتهم المصرية .

٤٤٣ — على أن المشرع المصرى قد أورد فى المادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٩ حكما مقيدا لتطبيق الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى . ويظهر ذلك فى قوله « لا تنطبق أحكام المادة السابقة على كل شخص ممن أشير اليهم فى (ثانيا) و (ثالثا) ولد أو كان أبوه مولودا فى تركيا أو فى احدى البلاد التى فصلت عن تركيا بمقتضى معاهدة لوزان وكان قد قدم قبل تاريخ نشر هذا

= الحجازية وذلك طبعا وفقا لمواد معاهدة لوزان لا وفقا للمادة الثانية كما قد يتوهمه البعض . وانظر أيضا فتوى القسم فى طلب كل من فواز مكى الحسينى وأخيه عبد المطلب الحجازيين فى ٢٣ مايو ١٩٢٩ وقد اتبع بشأن طلبهما الرأى الذى نقول به .

(١) انظر ٥ مارس ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٤ . ٢٦٨ وقارن ٢٨ مارس ١٩٣٥ جريدة مصر القضائية عدد ٢ مايو ١٩٣٥ و ٨ مايو ١٩٣٥ (قضية طعمه) فى جريدة مصر القضائية عدد ٢٦ مايو ١٩٣٥ وورد فى هذا الحكم الفقرة الآتية :

Attendu que la première loi sur la nationalité égyptienne de 1926 par le fait qu'elle n'a pas reçu l'application et qu'elle a été remplacé par la loi de 1929.

(٢) ولا يترتب على اسقاط لقب الامارة أو النبالة عن أحد أعضاء الأسرة الملكية زوال الجنسية المصرية عنه . وقد حرم القانون رقم ٢٨ سنة ١٩٢٢ الخديوى السابق من المصرية أهلية التقاضى والمجىء الى مصر ولا ينفى ذلك أنه مصرى وفقا للنص السالف .

(٣) ويدخلون معهم زوجاتهم وأولادهم القصر والبالغين على السواء راجع بعده .

القانون انتفاعا بأحكام المادة الرابعة من المرسوم بقانون الصادر فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ طاب اختيار الى الحكومة التركية أو الى الحكومات التى لها الولاية فى البلاد المفصولة . وذلك بشرط أن يقع الاختيار نافذا بحسب تشريع البلد الذى اختار جنسيته » . فحق الاختيار المذكور فى هذه المادة لا يمكن أن يستفيد منه أعضاء الأسرة المالكة . فاذا حصل أن أحدهم قد استفاد فعلا من هذا الخيار عملا بأحكام المادة الرابعة من القانون القديم فان اختياره غير نافذ و يتجرد من كل آثاره . ولا محل أيضا للقول هنا بالحق المكتسب لأننا فى نطاق القانون العام ، أى فى مجال وضع أسس الجنسية المصرية ، ومن الواضح أن المشرع قد عدل عن أحكامه القديمة واعتبرها كأن لم تكن .

٤٤٤ — ولكى يتمتع الأفراد المذكورون فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى بهذا الاختيار يلزم توفر الشروط الآتية :

أولا : أن يكون المختار قد ولد هو أو أبوه فى تركيا أو فى أحد البلاد التى فصلت عن تركيا بمعاهدة لوزان ، ما عدا مصر طبعا ، فلهذا الشخص الحق فى اختيار الجنسية التركية أو اليونانية أو الحجازية أو العراقية . . الخ على حسب الأحوال . وقد أعطى حق الاختيار بالنسبة للجنسيات غير العثمانية لهؤلاء الأشخاص بموجب معاهدة لوزان نفسها فى المادة ٣٤ ومقتضاها أن العثمانيين الذين يزيد عمرهم على ١٨ سنة ويكون أصلهم من أحد البلاد التى فصلت عن تركيا ، يحق لهم ، ولو كانوا مقيمين خارج بلادهم الأصلية عند نفاذ المعاهدة أن يختاروا فى مدة سنتين جنسية بلدهم الأصلى اذا كانوا ينتسبون بجنسهم par leur race لغالبية السكان فى البلد المذكور و بشرط قبول حكومته . وظاهر أن النص المصرى متفق فى الواقع الى حد كبير فى حكمه مع نص معاهدة لوزان السابق .

ثانيا : أن يكون المختار قد انتفع من أحكام المادة الرابعة من قانون سنة

١٩٢٦ : وذلك بأن يكون قد قدم طلب اختيار الى الحكومة التركية أو الى احدى الحكومات التى لها الولاية فى البلاد المفصولة فى خلال سنة من تاريخ نشر هذا القانون أى الى ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ ، وقد مد[١] المشرع هذا الأجل فى قانون سنة ١٩٢٩ الذى ألغى قانون سنة ١٩٢٦ برمته ما عدا الاستثناء الذى نص عليه على الوجه السالف . ويظهر أن السبب فى وجوده راجع لاعتبارات سياسية ودولية اذ أن المسألة هنا لا تقف عند تحديد علاقة جنسية بين الدول وجانب من السكان فقط ، اذ أن للدول الأخرى حقوقا على هؤلاء السكان تزداد ظهورا اذا كان هؤلاء السكان قد أعلنوا رغبتهم فى الانضمام اليها واعتناق جنسيتها .

ثالثا : أن يقع الاختيار نافذا بحسب تشريع البلد الذى قدم اليه المختار الطلب : وظاهر أن الغرض من هذا الشرط هو منع اللاجنسية ، فخروج هؤلاء العثمانيين من الجنسية المصرية معقودة بقبول البلاد الأخرى لهم بحسب تشريعها والا بقيت لهم جنسيتهم ، وهذا التحرز معقول ومفيد من الوجهتين الوطنية والدولية .

والواقع من الأمر أن المادة الثانية تهدم المادة الأولى هدما جزئيا ، أو بعبارة أخرى تهدم أسس الجنسية المصرية ، وربما كان من الأوفق التضييق من حكم الاستثناء الوارد فيها على قدر الامكان وقصره على الأشخاص المذكورين فى الفقرة الثالثة فقط لأنهم فى الحقيقة ليسوا مصريين صميمين كالمذكورين فى الفقرة الثانية ، ولكن يظهر أن المساعى السياسية كانت سببا فى ايراد النص على هذا الشكل .

ومن الجهة الأخرى فان المشرع المصرى أراد أن يعرقل استعمال هذا الاختيار فأجاز لوزير الداخلية أن يصدر أمرا للمختار بالخروج من الأراضى المصرية فى ظرف الستة أشهر التالية لهذا الأمر ، فان لم يغادرها فى الأجل المطلوب أو عاد اليها بعد مغادرته اياها للاقامة فيها وذلك قبل مضى خمس سنوات من تاريخ الأمر المذكور أبعد منها وفقا لأحكام المادة الثانية فى فقرتيها الثانية

---

(١) ويعتد الأجل حتى قبل نشر قانون سنة ١٩٢٩ .

والثالثة . ويستفاد من هذا النص أنه اذا عاد المختار الى مصر بعد مضى خمس سنوات فانه يرجع الينا أجنبيا ، وهو حكم غريب قد لا يتناسق تماما مع تقرير الجزاء السالف .

٤٤٥ — ميز الشارع بين العثمانيين فاعتبر بعضهم داخلا فى الجنسية المصرية بحكم القانون وذكرهم فى المادة الأولى مع مراعاة الاستثناء الوارد فى المادة الثانية . وقد بينا العلة فى وضع الأصل والاستثناء ، ولكن هناك طائفتين أخرتين من العثمانيين أجاز الشارع اعطاءهم الجنسية المصرية اذا ما طلبوها حتى اذا لم يفعلوا وسكتوا أوقع بهم جزاءات على الوجه الذى سنذكره حالا .

٤٤٦ — أما الطائفة الأولى فنص عليهم فى المادة الثالثة فى قوله « يسوغ للرعايا العثمانيين الذين جعلوا اقامتهم العادية فى القطر المصرى بعد تاريخ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وحافظوا على تلك الاقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون أن يطلبوا فى خلال سنة من تاريخ هذا النشر اعتبارهم داخلين فى الجنسية المصرية» وهذه المادة تقابل المادة الثالثة[1] فى تشريع سنة ١٩٢٦ مع الفروق الآتية : أولا : أن هذه المادة قد جعلت دخول الجنسية المصرية معقودا بالطلب بخلاف الحال فى المادة القديمة فانه جعلته حاصلا بنص القانون . وقد عدل المشرع عن الحكم القديم متأثرا ببعض الاعتراضات الوجيهة التى رفعت ، وأساسها أنه لاوجه لاعتبار العثمانيين الذين حلوا بمصر بعد ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ مصريين بحكم القانون ما دام انفصال مصر عن البلاد العثمانية قد حدد له تاريخ ٥ نوفمبر المذكور . ثانيا : أن النص الجديد جعل دخول الجنسية من وقت الطلب بخلاف النص القديم فان الدخول فيها كان من وقت النشر . ثالثا : أن القانون الجديد باستلزامه تقديم طلب رتب جزاءات عند عدم تحقق ذلك بخلاف القانون القديم فلم يكن هناك محل لشىء من هذا .

(١) وهاك نص المادة الثالثة القديمة « يعتبر قد دخل الجنسية المصرية منذ تاريخ نشر هذا القانون وبحكمه أيضا الرعايا العثمانيون الذين جعلوا اقامتهم العادية فى القطر المصرى بعد تاريخه ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وحافظوا على تلك الاقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون » .

٤٤٧ — ويشترط لتطبيق نص المادة الثالثة الجديدة علاوة على تقديم الطلب فى المدة المحدودة أن يكون الطالب قد جعل اقامته فى مصر بعد ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وقبل ٣١ أغسطس سنة ١٩٢٤ ، أى قبل تاريخ تنفيذ معاهدة لوزان ، لأن هذه المعاهدة هى التى حددت فى النهاية من هم العثمانيون الصميمون الذين لا تربطهم بمصر ولا بالأقاليم المنفصلة الأخرى أية علاقة . وهـذا الحكم مستفاد أيضا بالمقارنة مع نص المادة ٢٣ فى قانون الجنسية المصرية الذى يقرر أن الرعايا العثمانيين فى تأويل أحكام هذا القانون هم رعايا الدولة العثمانية القديمة قبل تاريخ العمل بمعاهدة لوزان . فكل من أتى الى مصر من العثمانيين القدماء بعد ٣١ أغسطس سنة ١٩٢٤ لا يعتبر أنه أقام اقامة عادية فى مصر تبيح له الاستفادة من نص المادة الثالثة السابقة الذكر . وبهذا أفتى قلم قضايا الداخلية ، وقد اعتبر مرة أن مدة ست سنوات تقريبا غير كافية للدلالة على الاقامة العادية ولو أنها سابقة على تاريخ العمل بمعاهدة لوزان . ولم تعرض المسألة بعد على القضاء . وغنى عن البيان أن النص يستلزم فوق ماتقدم ضرورة توفر الاقامة الى ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ .

فاذا تحققت الشروط السالفة الذكر فان الطلب واجب قبوله ولا يمكن رفضه . وفى هـذا ما يثبت أن الفارق ليس كبيرا عملا بين نص المادة الجديدة والقديمة .

فان لم يطلب هؤلاء العثمانيون الدخول فى الجنسية المصرية فى خلال سنة من تاريخ نشر هذا القانون جاز لوزير الداخلية أن يوجب عليهم مغادرة الأراضى المصرية على النحو الذى بيناه عند شرح المادة الثانية .

هذا وقد أثارت المادة الثالثة التى نحن بصددها الخلافات ، فاعتبرها الأستاذ الزينى [٢] عديمة الفائدة ، وأنه لم يكن لهـا داع بدعوى أن لهؤلاء العثمانيين حقوقا مكتسبة فى التمتع بالجنسية المصرية بحكم القانون وفقا للمادة الثالثة القديمة .

---

(١) أى الأتراك رعايا الجمهورية التركية الحديثة .

(٢) انظر مؤلفه الملحق ٦٠١ — ٦٠٣ .

ولقد بينا ما فى هذا الرأى من شوائب اذ أنه متناف مع المبادىء المقررة فى القانون العام ، ومضاد للقواعد الأساسية فى الجنسية ، ولذا لم يلق نجاحا فى العمل اذ الافتاء على عكسه ، وكذلك يرفض القضاء الأخذ به ، لما يترتب عليه من جعل النصوص لغوا ، ومن المعلوم أن اعمال النصوص خير من اهمالها . أما الأستاذ رياض [١] فقال هنا أيضا بتفرقته السابقة التى تقوم على وجود مظهر خارجى أو لا ، وعيب هذه التفرقة أنه لا سند لها من القانون .

٤٤٨ — وقد أتى ذكر الطائفة الثانية من العثمانيين فى المادة الرابعة التى تقرر أنه « يجوز للرعايا العثمانيين الذين كانوا يقيمون عادة بالقطر المصرى فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ولم يحافظوا على تلك الاقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون أن يطلبوا خلال سنة من تاريخ هذا النشر اعتبارهم داخلين فى الجنسية المصرية » وهذا النص قريب من نص المادتين السادسة والسابعة [٢] من قانون سنة ١٩٢٦ مع ملاحظة الآتى . أولا : أنه بموجب القانون القديم يكتسب الطالب الجنسية

---

(١) راجع مؤلفه . ١ . ١٤١ — ١٤٣ والافتاء دائما يجرى على الرأى الذى تقول به انظر فتوى قسم قضايا الداخلية فى طلب «فواز مكى الحسينى وأخيه» فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ وكذلك الفتوى الصادرة فى نفس اليوم فى طلب المدعو « انيس سعيد خرتوش » .

(٢) وتنص المادة السادسة « يسوغ للرعايا العثمانيين الذين كانوا يقيمون عادة بالقطر المصرى من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ولم يحافظوا على تلك الاقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون أن يطلبوا فى خلال سنة من تاريخ هذا النشر أن يعتبروا داخلين فى الجنسية المصرية من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ .

ويجوز لوزير الداخلية تكليف الطالب بالعودة الى القطر المصرى فى الميعاد الذى يحدده لتحقيق طلبه .

وكذلك الوزير فى أحوال استثنائية أن يرفض الاعتراف للطالب بالجنسية المصرية وذلك بقرار يصدره بعد موافقه مجلس الوزراء .

ويجب أن يعلن اعتراف وزير الداخلية للطالب بالجنسية المصرية أو قرار الرفض الى صاحب الشأن فى خلال سنة على الأكثر بعد وصول الطلب » .

وتنص المادة السابعة «يسوغ للرعايا العثمانيين الذين كانوا يقيمون عادة فى القطر المصرى =

المصرية من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ (المادة السادسة قديمة) أو يصبح مصريا بقوة القانون (المادة السابعة قديما) وأما بموجب القانون الجديد فلا يدخل الجنسية المصرية قبل ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ [١] . ثانيا : ان المادة السادسة القديمة كانت خاصة بالأشخاص الذين كانوا يقيمون عادة بالقطر المصرى من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ والمادة السابعة كانت خاصة بمن كانوا يقيمون قبل ذلك التاريخ ، بخلاف الحال فى المادة الرابعة الجديدة فهى خاصة بمن كانوا يقيمون اقامة عادية فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ .

وعلى أية الأحوال فانه يشترط لتطبيق النص الجديد أن يثبت الطالب أنه كان مقيما فى مصر اقامة عادية فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ، ولكنه تركها مع ذلك فيما بعد ، أى قبل تاريخ نشر هذا القانون ، لأنه لو كان قد استمر على اقامته لأصبح مصريا بحكم القانون وفقا للمادة الأولى الفقرة الثالثة .

فاذا ما قدم الطلب ، فالمستفاد من النص وجوب قبوله بحسب الأصل بعد أن يتحقق وزير الداخلية من توفر الشروط السالفة . ولقد أباح المشرع للوزير أن يكلف الطالب بالعودة الى القطر المصرى فى الميعاد الذى يحدده لتحقيق طلبه لا ليقيم فيه من جديد .

ومع ذلك يصح للوزير فى أحوال استثنائية أن يرفض الاعتراف للطالب بالجنسية المصرية . وفى هذه الحالة يصدر قرار من الوزير بذلك بعد موافقة مجلس الوزراء ، فان أصدره بمفرده فقراره باطل لايترتب عليه أى أثر .

= قبل ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ولم يحافظوا على تلك الاقامة حتى ذلك التاريخ أن يطلبوا فى خلال سنة من تاريخ نشر هذا القانون اعتبارهم مصريين .

ولوزير الداخلية الحق المطلق فى قبول هذا الطلب أو رفضه كما أن له أن يفرض ما يراه من الشروط أو التكاليف لاعتبارها كذلك .

ويجب على كل حال اعلان صاحب الشأن بقرار الوزير فى خلال سنة على الأكثر بعد وصول الطلب .

(١) ويصح أن يدخلها فى خلال سنة من تاريخ نشر القانون .

٤٤٩ — ويتبين مما تقدم أنه بالنسبة لهذه الطائفة من العثمانيين هناك احتمال عدم منحهم الجنسية المصرية ، وذلك من باب الاستثناء ، وفى هذا مايجعل حالتهم قريبة من حالة التجنس العادى اذ فى مقدور السلطة التنفيذية على النحو الذى أوضحناه أن لا تعترف لهم بالجنسية فيظلون عثمانيين كما كانوا .

هذا ويجب أن يعلن قرار وزير الداخلية لصاحب الشأن فى خلال سنة على الأكثر بعد تقديم الطلب سواء كان هذا القرار صادرا بالاعتراف أو بالرفض . فاذا مضت السنة بدون اعلان فانه يفترض قبول الطلب لأن الرفض مقصور فقط على أحوال استثنائية فيجب أن يكون صريحا . ويترتب على ما تقدم أن دخول الطالب فى الجنسية المصرية يتقرر باعتراف الوزير أو بعد فوات سنة على وصول الطلب فى حالة عدم اعلان القرار السالف .

هذا وقد أثارت المادة الرابعة الجديدة بدورها الخلافات ، وذلك بسبب مغايرتها لأحكام المادتين السادسة والسابعة من القانون القديم . ولما كانت هذه الخلافات هى بعينها التى أثيرت بمناسبة المادة الأولى الفقرة الثالثة والمادة الثالثة من قانون الجنسية فلا نرى داعيا هنا للتكرار .

٤٥٠ — وملخص ما ذكرناه حتى الآن بشأن الانفصال بين الجنسية المصرية والجنسية العثمانية ، أو بعبارة أدق بشأن الانتقال من الجنسية العثمانية القديمة للجنسية المصرية الحديثة هو أن المشرع قد حدد فى المادتين الأولى والثانية من قانون سنة ١٩٢٩ المصريين بحكم القانون ، فلم يجعل دخولهم الجنسية المصرية متوقفا على ارادتهم بل فرض عليهم الجنسية المصرية فرضا واعتبرهم الآباء المصريين الذين أشار اليهم فى المادة السادسة فوضع بذلك أساس الجنسية المصرية بالنسبة للمستقبل ظاهرا فى صدر القانون ، ولكن رأينا أن هذه الأحكام تنصرف أيضا الى الماضى لأن المشرع أراد جعلها كاشفة للجنسية المصرية لا منشئة لها .

وقد أعقب المشرع المادتين السابقتين بالمادتين الثالثة والرابعة التى أتى

فيهما بأحكام وقتية بحتة لمصلحة صنف من الأجانب — هم العثمانيون الذين استوفوا شروطا معينة — فأجاز لهؤلاء الأشخاص طلب الجنسية المصرية فى مدة معينة ، ولم يعط للسلطة التنفيذية حق رفض هذا الطلب الا فى أحوال استثنائية . وظاهر أن المشرع راعى فى ذلك كله الروابط التى تربطنا بالعثمانيين وعلى الأخص من سبقت لهم الاقامة عندنا . ومع هذا فان الأشخاص المذكورين فى المادتين الثالثة والرابعة ليسوا ضمن الآباء المصريين المذكورين فى المادة الأولى [1] ، ولذا فان اكتسابهم الجنسية المصرية لاحق لجنسيتهم العثمانية الأصلية . ويبدأ فى تاريخ متأخر على التفصيل الذى أوضحناه ، وتدل الأحكام الخاصة بهم على أن مركزهم قريب من مركز «المتجنسين» .

٤٥١ — ولا شك فى أن من يدخل الجنسية المصرية بناء على أحد المواد السابقة يدخل معه أفراد عائلته ، محافظة على وحدة الجنسية فى العائلة لذلك قرر المشرع فى المادة الخامسة « دخول الجنسية المصرية بمقتضى الأحكام السابقة يشمل الزوجة والأولاد القصر بحكم القانون [2] » . فالزوجة والأولاد القصر ليسوا محتاجين الى اتخاذ أى اجراء كى يكتسبوا الجنسية المصرية ، بل يكفى أن تكون هذه الجنسية قد ثبتت لرئيس العائلة بسبب من الأسباب السالفة كى تتقرر فى الوقت نفسه لزوجته ولأولاده القصر ، سواء كانت الزوجة فى الأصل

---

(١) وذلك لا ينفى وجوب مراعاة الأحكام الاستثنائية التى أوردتها المادة الثانية .

(٢) وربما كان فى هذا الحكم ما يشعر بأن المواد السابقة الأربع مقصورة فى تطبيقها على الرجال فقط ، والواقع يخالف ذلك لأنها تنصرف الى الرجال والى النساء على السواء وان كانت نصوص الأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ المشار اليها فى الفقرة الثانية من المادة الأولى منصرفة الى الرجال فقط باعتباره محددة لمن له حق الانتخاب من الرجال ، ولكن تطبيق الأحكام الواردة بهذا الأمر العالى بموجب الاشارة الواردة فى قانون الجنسية تجعلها منصرفة الى الرجال والنساء على السواء وذلك مع ملاحظة أحكام الفقرة الثالثة من المادة الأولى من هذا الأمر العالى .

وعلى ذلك يمكن للعثمانيات قديما أن يكتسبن الجنسية المصرية بناء على أحكام المواد الأربعة السالفة الذكر ولو لم يكن متزوجات . وتظهر فائدة المادة الخامسة على الأخص فيما يتعلق بزوجات العثمانيين اذا كن فى الأصل متمتعات بجنسية دولة أجنبية .

عثمانية أو أجنبية . وهذا الحكم ظاهر كل الظهور بالنسبة للأشخاص المذكورين في الفقرتين الأولى والثانية من المادة الأولى ، ومن الممكن التسليم به حتى فى حالة غياب نص المادة الخامسة . أما بالنسبة للأشخاص المذكورين فى المادتين الثالثة والرابعة — وقلنا انهم فى مركز المتجنسين — وكذلك بالنسبة للأشخاص المذكورين فى الفقرة الثالثة من المادة الأولى ، وهم ليسوا من الرعايا المحليين ، أى أن مصريتهم وان كانت مقررة بنص القانون الا أنها ليست قديمة فى أصلها ، كالأشخاص المذكورين فى الفقرة الثانية ، فان هؤلاء لا ينقلون جنسيتهم المصرية المكتسبة لزوجاتهم ولأولادهم القصر الا بنص تشريعى ، هو الذى أورده المشرع فى المادة الخامسة التى تتجانس فى هذا الصدد مع الأحكام الواردة فى التجنس (المادتان ١٥ ، ١٦ من قانون الجنسية).

ويبقى بعد ذلك تحديد جنسية الأولاد البالغين لهؤلاء الأشخاص الذين دخلوا الجنسية المصرية . لا شك فى أن فى امكانهم — ولهم استقلالهم الشخصى عن آبائهم — أن يكتسبوا الجنسية المصرية بأى سبب من الأسباب الواردة فى المواد السالفة متى توفرت لديهم الشروط التى استلزمها المشرع . فاذا لم تتوفر لديهم الشروط المطلوبة بأن كانوا غير مقيمين فى مصر وقت نشر القانون (المادة الأولى والمادة الثالثة) أو لم يكونوا مقيمين فى مصر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وكذلك وقت نشر القانون (المادة الرابعة) فان المنطق القانونى يقضى بعدم دخولهم الجنسية المصرية . ولكن مع ذلك لا بد من مراعاة روح التشريع ورغبة المشرع فى افتراضه الجنسية المصرية قديمة ومعروفة من قبل تحت اسم الرعوية المحلية . فالأشخاص المذكورون فى الفقرة الثانية من المادة الأولى [١] يمكنهم اذن أن ينقلوا الجنسية المصرية الى أولادهم القصر والبالغين على السواء ، ويتمتع بها هؤلاء دون أى شرط أو قيد لأنهم أبناء الآباء المصريين [٢] . وعلى

(١) وهم الرعايا المحليون .

(٢) لأنهم كانوا دائما مصريين فى نظر المشرع فيكتسب أولادهم الجنسية المصرية بواقعة الميلاد وحدها .

هذا جرى الافتاء فى قلم قضايا الداخلية ونحن نؤيده .

٤٥٢ — وتتضح من البيانات السابقة علة تقديم هذه الأحكام الوقتية الخاصة بالعثمانيين ، اذ صدر بها المشرع قانون الجنسية نظرا لأهميتها . ولكى نقف بالضبط على مدى تطبيق المواد السالفة الذكر يجب أن نوضح المقصود من عبارة « الرعايا العثمانيين » التى وردت جملة مرات فى النصوص التشريعية . ولقد عنى المشرع نفسه بتحديد المراد بها فلم يتركه لأهل الفقه ولا للمحاكم بل أورد نصين خاصين بذلك ، وهما نصا المادتين ٢٣ و ٢٤ . أما المادة الثالثة والعشرون فتقرر أن الرعايا العثمانيين فى تأويل أحكام هذا القانون هم رعايا الدولة العثمانية القديمة قبل تاريخ العمل بمعاهدة لوزان المعقودة فى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٣ (١) . وحكمة الأخذ بتاريخ العمل بمعاهدة لوزان ظاهرة ، لأنه بمقتضى هـذه المعاهدة قد سلخت بعض الأراضى من الامبراطورية العثمانية القديمة ، فنشأت دول جديدة كاملة السيادة أو ناقصتها على حسب الأحوال . كما أن بعض هذه الأراضى قد ضم الى دول أخرى ، فالعثمانيون المقيمون فى الدول الجديدة أو فى الأراضى المنضمة يكتسبون جنسية جديدة بقوة القانون وبموافقة الشروط المنصوص عليها فى التشريع المحلى للبلد الجديد أو للبلد الذى ضمت اليه هذه الأجزاء . فاذا حضر أولئك العثمانيون الأخيرون الى مصر بعد ٣١ أغسطس سنة ١٩٢٤ (تاريخ العمل بالمعاهدة) فانهم يعتبرون بلا شك ضمن الأجانب ، أما اذا كانوا قد حضروا اليها قبلها للاقامة فيها ، فهم من العثمانيين فى تأويل أحكام قانون الجنسية المصرية ما داموا لم يكتسبوا جنسية جديدة . فنص المادة ٢٣ اذن مقصود به التجانس والتناسق مع أحكام معاهدة لوزان التى اعترفت بتركيا الجديدة والتى لا يربط رعاياها بالدولة المصرية أية رابطة ، فيعاملون معاملة غيرهم من الأجانب تماما .

ولقد أوردت المادة ٢٤ استثناءا على التأويل المذكور فى المادة ٢٣ فى قولها

---

(١) وتاريخ العمل بها هو ٣١ اغسطس سنة ١٩٢٤ . وسبق أن أشرنا للمادة السابقة عند شرحنا للمادة الثالثة من القانون .

« لا يعتبر من الرعايا العثمانيين فى تأويل أحكام هذا القانون أولاد من كان قديما من الرعايا العثمانيين ودخل فى جنسية أجنبية دخولا صحيحا بمقتضى ترخيص من الحكومة العثمانية أو الحكومة المصرية اذا كان القانون الخاص بهذه الجنسية الأجنبية يلحقهم بهذه الجنسية » . وقد يبدو هذا الحكم غريبا فى أول الأمر اذ من المقرر بصفة عامة أن المتجنس ينقل جنسيته الى زوجته وأولاده القصر ، فكان من الطبيعى اذن أن لا يعتبر الأولاد القصر من العثمانى المتجنس بجنسية أجنبية عثمانيين اذ تلحقهم جنسية أبيهم الجديدة ، وهذا ما حدا بالبعض الى القول بأن المشرع المصرى قد أخطأ بوضعه هذا النص . ولكن يزول كل عجب اذا عرفنا أن القانون العثمانى القديم فى مادته الثامنة كان يقضى بأن زوجة وأولاد العثمانى الذى يتجنس بجنسية أجنبية يظلون عثمانيين . وكان هذا النص مؤديا للتنازع مع قوانين الدول الأجنبية التى تأخذ فى العادة بالمبدأ الذى ذكرناه . ازاء هذه الاعتبارات أتى المشرع بنص المادة ٢٤ فاصلا فى النزاع الذى كان موجودا بين المادة الثامنة السالفة الذكر وقوانين الجنسية الأخرى فاعتبر هؤلاء الأولاد أجانب أى يدخلون فى جنسية أبيهم الجديدة اذا كان هذا القانون يلحقهم بها .

ورغم ما تقدم فقد أتى المشرع المصرى بحكم استثنائى لمصلحة هؤلاء الأولاد اذ قررت المادة ٢٤ الفقرة الثانية أنه « يسوغ لهم فى خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أو التالية لنشر هذا القانون ان كانوا قد تم لهم بلوغ هذه السن أن يدخلوا الجنسية المصرية اذا قرروا رغبتهم فى ذلك وجعلوا اقامتهم العادية فى القطر المصرى » . ومبنى هذا الحكم هو العلائق الخاصة التى تربطنا بالعثمانيين مما دعا الى أن يتساهل المشرع معهم الى حد تبسيطه الشروط اللازم توفرها فيهم لحصولهم على الجنسية المصرية ، فاكتفى بتحديد اقامتهم العادية فى القطر المصرى واظهار رغبتهم فى الرجوع الى الجنسية المصرية وذلك بعد بلوغهم . ومن المفيد أن نقرب هذا الحكم من شبيهه الوارد فى المادة ١٦/٣ الخاصة بأولاد المصريين المتجنسين بجنسية أجنبية .

٤٥٣ — وهناك مسألة أخرى ، متعلقة بالأحكام الوقتية السالفة ، وقد عرض لها الدكتور الزينى [١] وكذلك الأستاذ رياض [٢] . وأساس هذه المسألة تعاقب قانونى الجنسية ، وموضوعها خاص بالاختيار الذى كان مشارا اليه فى المادة الرابعة من قانون سنة ١٩٢٦ وهى المادة المقابلة للمادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٩ التى أقرت ذلك الاختيار ومدت من أجله . فكان من نتائج هذا الاختيار وفقا لنص المادة ٢/٨ قديمة [٣] ، أنه ينقل الجنسية المختارة الى زوجة المختار وأولاده القصر مع السماح للزوجة فى خلال سنة من انتهاء الزوجية ، وللأولاد القصر فى خلال سنة من تاريخ بلوغهم سن الرشد أن يرجعوا الى الجنسية المصرية اذا أظهروا رغبتهم فى ذلك ، وجعلوا اقامتهم فى القطر المصرى . ولقد تساءل الكتاب عما يكون الحكم فى حالة حصول هذا الاختيار صحيحا وفقا لأحكام القانون القديم ؟ لا شك فى أنه ينتج نتائجه الطبيعية من نقل جنسية المتجنس الى زوجته وأولاده القصر ، لأن هذا الحكم مستثنى صراحة فى قانون سنة ١٩٢٩ ، أى أن اكتساب المختار للجنسية الأجنبية صحيح وكذلك الحال بالنسبة لزوجته وأولاده القصر وفقا للمادة ٢/٨ . ولكن هل يجوز لهؤلاء استرداد الجنسية المصرية من جديد وفقا لأحكام هذه الفقرة ؟

من الثابت أن هذه الفقرة قد حذفت من تشريع سنة ١٩٢٩ فهل معنى ذلك عدم اباحة الاسترداد ؟ يقول الشراح فى مصر انه اذا كانت الرغبة فى دخول الجنسية المصرية قد أبديت فعلا من جانبهم قبل نشر قانون سنة ١٩٢٩ ووفقا

---

(١) انظر مؤلفه الملحق ٦٠٥ — ٦٠٦ .

(٢) انظر مؤلفه ، ١ . ١٥٢ وما بعدها .

(٣) ونصها كالآتى : « وكذلك ينفذ حكم الاختيار المنصوص عليه فى المادة الرابعة على الزوجة والأولاد القصر . غير أنه يسوغ للزوجة فى خلال سنة من تاريخ انتهاء الزوجية وللأولاد القصر فى خلال سنة من تاريخ بلوغهم سن الرشد أن يدخلوا الجنسية المصرية اذا قرروا رغبتهم فى ذلك وجعلوا اقامتهم فى القطر المصرى » .

لأحكام قانون سنة ١٩٢٦ ، فان ابداء الرغبة هـذا يجعل لهم الحق مكتسبا فى الجنسية المصرية ، أما اذا لم تبد هذه الرغبة ولو بسبب أن الزوجية لم تكن قد انتهت أو لأن القاصر لم يبلغ بعد سن الرشد قبل نشر القانون فليس لهما الاسترداد فيما بعد ، وذلك لأن المشرع لم يأت فى قانون سنة ١٩٢٩ بنص مماثل للمادة ٢/٨ التى قررت هذا الحق فيما مضى (١) !

أما نحن فلا نقر هذا الرأى ونقول ان المشرع قد أحسن صنعا بحذفه نص المادة ٢/٨ لأنه كان زائدا عن الحاجة اذ فيه تكرار أولا : للمبـادىء المقررة فى المادة ٤/١٥ التى تبيح لزوجة المصرى المتجنس بجنسية أجنبية حق الرجوع الى الجنسية المصرية وذلك فى قولها « عند انتهـاء الزوجيـة يجوز للمرأة أن تسترد جنسيتها الأصلية بالشروط المبينة فى المادة السابقة » ومضمونها اظهار الرغبة والاقامة فى القطر المصرى أى نفس الشروط الواردة فى المادة ٢/٨ القديمة . ثانيا : للمبادىء المقررة فى المادة ٣/١٦ التى يستفيد منها الأولاد القصر من المصرى الذى تجنس بجنسية أجنبية فتقرر أنه « يسوغ للأولاد الذين تغيرت جنسيتهم بحسب الأحكام السابقه أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية فى خلال السنة التـالية لبلوغ سن الرشد » ففى هذه النصوص ما يكفى لاسترداد الجنسية المصرية بغـير حاجة الى نص خاص كالذى أورده المشرع من قبل فى المادة ٢/٨ قديمة .

والرأى الذى قلنا به واضح كل الوضوح فى حالة ما اذا كان المختار قد اختار جنسية أحد البلاد المنفصلة عن تركيا ، ولـكن قد يثير جانبا من الشك اذا كان المختار قد اختار الجنسية العثمانية ، أو بعبـارة أخرى اذا أظهر المختـار رغبته فى الاستمرار على جنسيته القديمة كما قد يتوهمه البعض . ويزول هذا الوهم اذا عرفنا أن هؤلاء المختارين قد ثبتت لهم الجنسية المصرية أولا بمقتضى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ وأن مصرية بعضهم ترجع الى الماضى وفقا لما فصلناه فيما مضى . فاختيارهم للجنسية العثمانية بناء على هذا الحكم الاستثنائى ، معناه أنهم يتخلون

(١) انظر الدكتور الزينى المرجع السابق .

عن جنسيتهم المصرية ويدخلون فى جنسية جديدة بالنسبة للجنسية المصرية التى ثبتت لهم وفى استطاعتهم البقاء عليها لو لزموا جانب الصمت . فان أظهروا رغبتهم فى اكتساب الجنسية العثمانية فيعاملون اذن معاملة المتجنسين وفقا لأحكام قانون الجنسية المصرية الأخير .

(ج) التجنس [1]

٤٥٤ — تكلم القانون عن التجنس فى المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١١ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٧ . وظاهر من هذا الترتيب أن المشرع قد فصل بين هذه المواد بمواد أخرى أى أنه لم يتبع ترتيبا منطقيا بحتا .

٤٥٥ — والتجنس وسيلة لاكتساب الجنسية المصرية عن طريق منحها للأجنبى الذى يرغب فيها متى استوفى شروطا معينة . ويتم بمرسوم وتقول فى ذلك المادة الثامنة « التجنس يخول صاحبه صفة المصرية ويجوز منحه بمرسوم لكل أجنبى . . الخ » .

ويتبين من هذا التعريف أن للتجنس عنصرين . أولهما : عمل السلطة acte de gouvernement الذى يصدر من السلطة التنفيذية المصرية فتمنح به الجنسية المصرية لأجنبى عنها [2] . ثانيهما : عمل الأجنبى acte de l'étranger الذى يود اكتساب الجنسية المصرية فيقدم طلبا بذلك متى استوفى شروطا معينة .

فالقاعدة اذن أن ارادة الدولة وحدها لا تكفى لاعطاء الأجانب جنسيتها، وكذلك ارادة راغب التجنس وحدها لا تكفى للتمتع بالجنسية الجديدة بل لا بد أن تتوافق الارادتان [3] لتحقق التجنس أو بعبارة أخرى لاكتساب

---

(١) وفى الاصطلاح الفرنسى La naturalisation . وهو الأساس الثانى غير المباشر لاكتساب الجنسية .

(٢) قارن Weiss ، ١ . ٣٣٤ حيث بين المؤلف أن منح جنسية الدولة مسألة متروكة لمطلق رأى السلطة التنفيذية Acte souverain et discrétionnaire وذلك لا ينفى وجوب توفر الشروط التى ينص عليها القانون لجواز المنح .

(٣) انظر ما سبق أن ذكرناه من قبل بشأن نظرية الجنسية التعاقدية La nationalité contrat

الجنسية الجديدة التى تعرف باسم الجنسية المكتسبة .

٤٥٦ — ونظام التجنس معروف فى مصر منذ القانون العثمانى اذ جاء ذكره فى المادة الثالثة القديمة مشروطا بشروط لا تفترق كثيرا فى مجموعها عن الشروط الواردة فى المادة ٨ من قانون سنة ١٩٢٩. أما قبل القانون العثمانى فكان المرجع للشريعة الاسلامية، وقد رأينا أن لها نظاما مخالفا كل المخالفة للنظام العصرى الحاضر، وأساسه تقسيم القاطنين فى البلاد الى مسلمين وذميين ومستأمنين، وأن الاسلام دين وجنسية [1] . وعلى العموم فان تاريخ التجنس كما هو مقرر فى القوانين الحاضرة يرجع الى القرن الرابع عشر، ولكنه تطور على مر الأزمان [2] .

٤٥٧ — وللتجنس أهمية كبرى فى مصر فى الوقت الحاضر لأن بلادنا قد فتحت أبوابها للمهاجرين الأجانب الذين لا جنسية لهم كاللاجئين الروس والأرمن، وكذلك للأشخاص الذين هم من أصل روسى وأضيفت بلادهم الى الدويلات الجديدة التى أنشئت بمعاهدة فرساى كبولونيا ولتوانيا، واستونيا، ولم ترض هذه الدول باعطاء جنسيتها لجميع هؤلاء القطان، أو فات عليهم اكتساب جنسية احداها

---

(١) وأساسه الحالى هو حق الفرد فى تغيير جنسيته بعد أن ثبت أن الولاء ليس دائما ويميل بعض رجال الفقه الى اعتبار أن حق الفرد هذا يعترف به القانون الدولى العام بمعنى أنه ليس للمشرع الوطنى أن يحرمه منه . وفى انجلترا كان الولاء دائما حتى القرن العشرين . قارن Pothier . ٢ . ٥٨٣ وكذلك موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٢٧٧ وكذلك Weiss . ١ . ١٥ — ١٦ ومع ذلك فان هناك تشريعات كثيرة تخضع حق الفرد فى تغيير جنسيته لاذن سابق من دولته القديمة . ولا شك فى أن هذا التنظيم من شأنه أن يعرقل حق الفرد وبخاصة اذا كان اعطاء الاذن من حق الحكومة المطلق . ومن هذه التشريعات قانون الجنسية المصرى فى المادة ١٢ منه وسنبين حكمة ذلك فيما بعد .

على أن حق الفرد فى تغيير جنسيته معناه أن الشخص يترك جنسيته القديمة للحصول على جنسية جديدة ولكن ليس له أن يتنازل عن جنسيته الأصلية لكى يصبح بلا جنسية . قارن Weiss المرجع السابق .

(٢) قارن الزينى ٢٩٠ — ٣٩١ وبالنسبة لتطور التجنس فى فرنسا . راجع موسوعات القانون الدولى . ٩ . ٤٠٩ .

فرحلوا عنها يلتمسون رزقا ومأوى ، فكان نصيب مصر منهم وافرا . ولما كان بقاؤهم بلا جنسية ضارا بمصالحهم ، و بمصالح أولادهم من بعدهم ، اذلا يعرف أى قانون يطبق على ميراثهم ! ! فلم يكن أمامهم من وسيلة سوى طلب الجنسية المصرية اذ يصعب عليهم أن يحصلوا على غيرها بعد أن استمرأوا العيش عندنا . ومن المشاهد أن عدد المراسيم الخاصة بالتجنس دائما فى ازدياد .

٤٥٨ — وأساس التجنس هو التأكد من وجود تشابه كاف بين الأجنبي طالب التجنس والوطنى ، لذلك ترمى شروطه الى التحقق من وجود هذا التشابه ، ومن أنه قد بلغ درجة تسمح باعتبار ذلك الأجنبي كواحد من أهل البلاد فيصح له أن يتمتع بالجنسية المصرية .

أما هذه الشروط فتتلخص فيما يأتى : أولا : أن يكون الأجنبى بالغا وقت الطلب . وهذا الشرط خاص بأهلية المتجنس ومداره أن التجنس عمل ارادى ، يقوم على ارادة الأجنبى كما يقوم على ارادة السلطة التنفيذية ، فاذا كان الطالب قاصرا فارادته معيبة لا يعمل بها . وتحديد سن البلوغ يكون بحسب قانون جنسية الطالب وفقا للمادة ١٩ التى قطعت كل خلاف فى هذا الشأن [١] ، أما اذا كان الشخص قد بلغ سن البلوغ ومع ذلك كان عديم الأهلية أو ناقصا لعته أو جنون ، فظاهر أنه لايقبل طلبه فى التجنس لنفس الحكمة التى بيناها ، لا لأن الأمر كله متروك لتقدير الحكومة ، وأن الحكومات ترفض عادة دخول الأشخاص العديمى الأهلية فى جنسيتها [٢] . ثانيا : أن يكون الأجنبى قد حدد اقامته فى مصر المدة المطلوبة . وهذه المدة أقلها عشرة سنوات اقامة عادية

---

(١) اذ أن جانبا من الشراح كان يرى اعتبار سن البلوغ وفقا لقانون البلد المطلوب جنسيته وحجتهم الأساسية فى ذلك أن هذه المسألة كغيرها من مسائل الجنسية يجب أن تخضع لقانون القاضى lex fori .

(٢) كما قال بذلك الأستاذ رياض فى مؤلفه . ١ . ١١٠ .

résidence habituelle بالنسبة للأجانب العاديين [١] ، أى لأولئك الذين لا يستفيدون من تحقق شروط أخرى تبيح لهم تخفيض المدة أو التنازل عنها كلية . ولا يشترط أن يكون الأجنبي بالغا وقت ابتداء هذه المدة اذ العبرة ببلوغه سن الرشد وقت الطلب .

٤٥٩ — ولكن هل يشترط أن تكون هذه السنوات متوالية ؟

سكت قانون سنة ١٩٢٩ عن ذلك مع أن المادة الثالثة من القانون العثمانى القديم استلزمت صراحة أن تكون السنوات متوالية [٢] . فهل معنى ذلك أن المشرع المصرى يرى جواز احتساب مدة العشرة سنوات متقطعة ؟ يرى الشراح [٣] فى مصر أنه يجب أن تقرأ المادة كما لو كانت كلمة متواليات موجودة فيها ومع ذلك لا يعتبرون أن الغياب المؤقت يعتبر قطعا للاقامة [٤] ما دام الأجنبي قد اتخذ القطر المصرى مركزا له ولأعماله — ويمكننا أن نقرب بين هذه الفكرة وفكرة قطع التقادم بالترك الطبيعى فى القانون المدنى — أما نحن فنعتقد أن المشرع قد تعمد عدم ذكر كلمة «متواليات» التى كانت موجودة فى القانون العثمانى القديم خشية أن يفسرها البعض تفسيرا غير ملائم للغرض منها ، فيدعى مثلا أن المقصود احتساب عشر سنوات كاملة بدون تغيب يوم واحد فأسقط المشرع كلمة « متواليات » تاركا حرية التقدير للجهة الحكومية المختصة بهذه الطلبات . ومن الطبيعى أن تتأثر هذه الجهة بوجود المشابهة والمماثلة الكافية بين الأجنبي طالب التجنس والمصريين . فاذا وجدت أن هذا الطالب لم يحافظ على اقامته بشكل منتج فى حصول التشابه بينه وبين الوطنى فلا تقبل طلبه ولو كان قد حدد اقامته منذ أكثر من عشر سنوات .

---

(١) المعروفون باللغة الفرنسية étrangers de droit commun .

(٢) وفى الاصطلاح الفرنسى non-interrompus .

(٣) راجع مؤلف الدكتور الزينى ٣٩٩ . ومؤلف الأستاذ رياض . ١ . ١١١ .

(٤) وفى الاصطلاح الفرنسى Cessation de résidence .

وقد تساءل البعض [١] عما اذا كان من اللازم تقديم الطلب بعد فوات مدة العشر سنوات مباشرة أو لا ؟ فيرى الأستاذ الزينى أنه اذا لم يقدم طلب التجنس بعدها مباشرة [٢] فلا بد من توفر مدة جديدة ، وخاصة اذا نقل الأجنبي مركز أعماله الى الخارج ، ولا تهم عودته بعد ذلك . وأما الأستاذ رياض فيرى أن تترك كل مسألة لظروفها ولتقدير الحكومة ، أى أنه اذا تبين من الظروف أن عدم تقديم الطلب يرجع سببه الى عدم رغبة الأجنبي فى الانضمام للدولة ، فلا بد من مدة جديدة ، أما اذا كان عدم تقديم الطلب راجعا لأسباب طارئة كاضطرار الأجنبي لمغادرة القطر المصرى لظرف خاص كأدائه الخدمة العسكرية فى بلده فلا يرى الأستاذ حاجة لاحتساب مدة جديدة .

أما نحن فنجاوب على هـذا السؤال على الوجه الآتى : أنه ليس هناك فى نصوص القانون ما يلزم الطالب بتقديم طلب التجنس بعد فوات مدة العشر سنوات مباشرة ، فيصح اذن أن يقدم الطلب بعد ١١ أو ١٢ سنة لأن مـدة العشر سنوات هى أقل مدة délai minimum لازمة لطلب التجنس كما هو ظاهر من نص المادة ٨ اذ تقول ان التجنس « يجوز منحه لـكل أجنبي بالغ جعل اقامته العادية فى القطر المصرى منذ عشر سنوات على الأقل » . فليس من المهم اذن تقديم الطلب مباشرة بعد العشر سنوات بل المهم هو معرفة ما اذا كان من اللازم أن يستمر الطالب مقيما فى مصر حتى وقت الطلب أو لا ؟ هذا هو السؤال الطبيعى الذى لم يجاوب عليه المشرع صراحة . ونرى أن من الواجب أن يحافظ الأجنبي على اقامته فى البلاد حتى وقت تقديم الطلب لأن ذلك يدل دلالة حقيقية على رغبته فى الاندماج فى الدولة بأن يصبح ضمن رعاياها . أما اذا كان قد تركها وطالب مع ذلك بجنسيتها فظاهر أنه مجرد تفعى . وهذا الرأى هو المتبع علما وعملا فى فرنسا .

---

(١) انظر الزينى ٣٠٠ ورياض ١١١ .

(٢) قارن ذلك بالحكم الوارد فى المادة ٩ الفقرة الثانية . الزينى المرجع السابق .

وتخفض مدة العشر سنوات السابقة الى خمس اذا كان الأجنبى قد حصل على اذن بالاقامة فى القطر المصرى ويبدأ احتساب هـذه المدة من تاريخ الاذن (المادة ٩) .

وهذا المبدأ جديد ، اقتبسه المشرع المصرى من التشريع الفرنسى القديم [١] . ومؤدى التسهيل أن الأجنبى الذى يتمكن من الحصول على اذن بالاقامة [٢] من السلطة التنفيذية لا يحتاج الا لمدة ٥ سنوات لكى يقدم طلبا للتجنس . والعلة فى انقاص المدة لمصلحة هذا الأجنبى هو أن اعطاء الاذن له بالاقامة دليل على أنه شخص مرغوب فيه اذ طلبه الاذن انما هو بقصد التجنس فحصوله عليه معناه أن السلطة التنفيذية تنظر بعين الرضا الى دخوله فى الجنسية المصرية .

ولكن يقابل هـذا التخفيض فى مدة الاقامة أن استلزم المشرع هنا « التوطن » ، ويظهر ذلك فى النص الفرنسى . فلا يكتفى اذن بالاقامة العادية كما هى الحال فى التجنس العادى بل لا بد من أن يكون لدى الطالب نيـة التوطن فى المملكة المصرية . ومظهر هذه النية حصوله على الاذن بالتوطن بقصد التجنس لذلك نرى أنه اذا ثبت فيما بعد أن الطالب بعد أخذه الاذن بالتوطن قد أتى بأعمال تدل على أنه غير نيته فى التوطن بمصر فلا يمكنه الاستفادة من تقصير المدة بل لا بد من اتمام مدة العشر سنوات [٣] .

ولا بد من التوطن أن يكون حقيقيا بأن يكون الأجنبى قـد أقام فعـلا مـدة الخمس سنوات [٤] فاذا كانت مصر هى الموطن القانونى

---

(١) هذا ومن المفيد أن نذكر أن المشرع الفرنسى قد ألغى الاذن بالاقامة l'admission à domicile فى قانونه الأخير سنة ١٩٢٧ .

(٢) وفى النص الفرنسى S'il a été autorisé à fixer son domicile .

(٣) قارن موسوعة القانون الدولى ، ٩ ، ٣٨٨ .

(٤) وفى النص الفرنسى et y a effectivement résidé ويترتب على ذلك أن مدد الغياب العادية تحسب على الأجنبى .

فقط [١] للأجنبي فلا يمكنه الاستفادة من تقصير المدة فالعبرة اذن بالتوطن الفعلي . ولا يشترط في الأجنبي أن يكون بالغا وقت حصوله على الاذن ، اذ المهم وفقا للنص أن يكون بالغا فقط وقت طلبه التجنس ، فتنص المادة التاسعة على أنه « يجوز منح التجنس بمرسوم للأجنبي البالغ الذى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة . . » .

ويجب على الأجنبي في حالة أخذه الاذن بالتوطن أن يقدم طلب التجنس قبل انقضاء مدة الخمس سنوات ، فان لم يفعل وانقضت المدة فان آثار الاذن تزول ولا يمكنه الاستفادة من تقصير المدة . ولا شك في أنه تلزم مدة كاملة اذا رفض هذا الطلب .

وقد قرر المشرع في المادة ١٧ أنه « اذا مات المأذون له بالاقامة طبقا للمادة التاسعة قبل التجنس جاز لزوجته ولأولاده القصر وقت صدور الاذن أن ينتفعوا بهذا الاذن وبالمدة التي يكون قد أقامها » . ويرجع أساس هذا الحكم الى أنه كان من المحتمل أن يستفيد هؤلاء الأشخاص من تجنس رئيس العائلة بالجنسية المصرية ، اذ تلحقهم بالتبعية كما سنبينه عند الكلام في آثار التجنس [٢] (المادة ١٦) . ولم يرض الشارع أن يفوت عليهم هذا الأمل فأباح لهم أن يستفيدوا من الاذن أولا ، ثم من المدة التي قضاها الأب ثانيا بغض النظر عما اذا كانوا قد أقاموا هم فعلا أو لا . فاذا فرض أن الأب كان قد أقام فعلا وحده سنتين

---

(١) وعلى ذلك اذا كان الأجنبي قاصرا وقت حصوله على الاذن فموطنه القانوني (الحكمي) domicile légal هو موطن والده أو وصيه أو زوجه ان كان أنثى ، وهذا الموطن موطن تبعي domicile de dépendance ويصح أن يكون في الخارج على أن تكون مصر في هذه الحالة موطنه الفعلي domicile de fait .

(٢) ويظهر أن هذا هو السبب الذى دعا المشرع الى عدم وضع المادة ١٧ بعد المادة التاسعة مباشرة . على أنه اذا كان هؤلاء الأولاد بالغين وقت منح والدهم الجنسية المصرية فانهم لايدخلونها بالتبعية ، بخلاف ما اذا كانوا بالغين بعد وفاة والدهم ولكنهم كانوا قصرا وقت أخذه فانهم يستفيدون من الاذن مباشرة .

ثم توفى ، وكانت عائلته مقيمة فى الخارج ثم حضرت العائلة بعد وفاته مباشرة الى مصر فلها أن تكمل مدة الخمس سنوات ، و يصح قبل فواتها أن تقدم طلب التجنس .

وظاهر أنه يشترط أن تكون الزوجية باقية حتى وقت الوفاة لأنها اذا كانت قد زالت قبل الوفاة فلا محل مطلقا لأن ترث الزوجة زوجها فى الاذن والمدة .

على أنه لا يسوغ للأولاد البالغين وقت صدور الاذن الاستفادة من هذا النص ، لأن لهم جنسيتهم المستقلة فهم أحرار فيما يفعلون ، ولا يتأثرون بجنسية أبيهم الجديدة — على فرض أنه لو بقى حيا لتحصل عليها — ولكن يجوز لهم أخذ اذن بالاقامة لأنفسهم ان وجدوا فى ذلك مصلحة لهم .

هذا وقد تساءل البعض عما اذا كان يشترط لانتفاع الأولاد القصر بالاذن أن يكونوا قد بلغوا سن الرشد وقت انقضاء بقية المدة أى تمام الخمس سنوات من تاريخ الاذن . والجواب على ذلك أن نص المادة التاسعة يستلزم لمنح التجنس أن يكون الأجنبى بالغا ، فالأولاد القصر لا يمكنهم اذن تقديم الطلب ، أولا : لأن التجنس عمل ارادى قبل كل شىء والقصر ليسوا أهلا له . ثانيا : لأن النص قاطع فى أن منح التجنس انما يكون للبالغين دون غيرهم فعلى الأولاد القصر اذن أن ينتظروا الى وقت البلوغ ولا يمكن القول بسقوط حقهم لتأخرهم فى تقديم الطلب ، لأن القانون نفسه هو الذى منعهم من ذلك فلا يتصور ترتيب جزاء على سكوتهم وانتظارهم حتى وقت البلوغ . هذا ما نقول به ولكن الأستاذ الزينى [(١)] صور فروضا مختلفة وضع لها حلولا وآراء وانتهى الى القول بما يقرب من الرأى الذى نقول به .

ويتبين مما سبق أن الأصل فى مدة الاقامة أن تكون عشر سنوات وقد تخفض الى خمس ، ولكن هناك أحوالا لانلزم فيها مدة اقامة الكلية ، و يتحقق

---

(١) انظر مؤلفه الملحق ٦٠٩ — ٦١١ .

ذلك ، أولا : فى الفرض الذى أشارت اليه المادة ١١ / ١ فى قولها « و يجوز منح التجنس بمقتضى قانون خاص [١] للأجنبي الذى يكون قد أدى خدمات جليلة لمصر و بدون أى شرط آخر » . وظاهر أن أمر التجنس هنا متروك للسلطة التشريعية التى لا تتقيد بأى شرط كان بما فى ذلك شرط الاقامة . ثانيا : فى الفرض الذى أشارت اليه المادة ١١ / ٢ فى قولها « كما يجوز بدون أى شرط آخر أيضا منحه بمرسوم لرؤساء الطوائف الدينية » وهذه الفقرة جديدة أتى بها قانون الجنسية الأخير ، وتقول المذكرة الايضاحية فى علة وجودها ما يأتى « قد اقترحت الحكومة تلك الاضافة اذ كانت عرفا مرعيا ، واذ كان من المرغوب فيه أن يدخل فى قانون الجنسية كل الأحكام المنطقية فى هذا الشأن ، وقد رضيت اللجنة (اللجنة البرلمانية) هذه الزيادة » [٢] .

وعلى أية الأحوال فان منح الجنسية هنا لا يكون عن طريق فرضها فرضا اذ لا بد أن يطلبها أولئك الأجانب اذ أساس التجنس عمل ارادى من جانب طالبه .

ثالثا : أن تتوافر فى الأجنبي شروط خاصة : وقد ذكرت هذه الشروط فى المادة ٨ وتتلخص فيما يأتى — ا — حسن السير والسلوك — ب — أن يكون له سبب من أسباب الرزق — ﺟ — معرفة اللغة العربية [٣] . وظاهر أن الغرض من هذه الشروط هو التأكد من حصول المشابهة بين الأجنبي والمصرى بدرجة تسمح باعطائه الجنسية المصرية بحيث لا يكون عالة على الدولة فيما بعد . وأغلب هذه الاشتراطات موجود فى التشريعات الأجنبية .

٤٦٠ — فاذا تحققت جميع الشروط السالفة لدى أجنبي وأراد أن يتجنس بالجنسية المصرية فعليه أن يقدم طلبا بذلك الى وزير الداخلية (المادة

---

(١) ويلاحظ هنا أن كلمة قانون ليست مستعملة فى معناها الفنى المعروف اذ الحاصل فقط هو عمل acte من جانب السلطة التشريعية .

(٢) ويعرف هذا النوع من التجنس فى الاصطلاح الفرنسى Naturalisation de faveur .

(٣) على أنه لامانع يمنع من منح الجنسية للأخرس .

٢٠) ويذكر فيه توافر هذه الشروط مع تقديمه ما يثبت ذلك من الوثائق والمستندات على حسب الأحوال . وقد أصدرت وزارة الداخلية منشورا مطولا فى هذا الصدد فى شهر ديسمبر سنة ١٩٣٣ مبينا لجميع الاجراءات الواجبة الاتباع ويمكن اعتبار هذا المنشور محددا لشروط قبول الطلب فى ذاته [١] . وعلى أية حال فان وزارة الداخلية هى المختصة بتحقيق هذه الطلبات وما تحويه من أقوال .

٤٦١ — ولا يشترط فى طالب التجنس أن يكون قد تنازل عن جنسيته الأصلية [٢] ، أو حصل على تصريح من حكومته الأصلية يبيح له التجنس وفقا لتشريعها ، وذلك لأن القانون المصرى لا يعنى بما تشترطه القوانين الأخرى . ويجرى العمل [٣] على عدم منح الجنسية المصرية لأجنبى قبل التأكد من سبق تنازله عن جنسيته الأصلية وفقده لها فقدا صحيحا بعد قيامه بواجباته نحو الدولة التى كان يتصف بجنسيتها . وقوام هذا الرأى رغبة محمودة فى العمل على منع ازدواج الجنسية عملا بتوصيات مؤتمر توحيد القانون الدولى الذى عقد فى لاهاى سنة ١٩٣٠ ، ومع ذلك فاننا لا نقره من الوجهة القانونية البحتة لأن اتفاقية لاهاى السابقة ليست نافذة بين الدول، ولأن الأخذ بهذا القيد معناه جعل التجنس بالجنسية المصرية موقوفا فى الحقيقة ، على رغبة المشرعين الأجانب ، أو رغبة

---

(١) وتعرف هذه الشروط بالفرنسية باصطلاح Conditions de forme بخلاف الشروط السابقة التى تعتبر شروطا موضوعية للتجنس Conditions de recevabilité قارن بحث Ancel السابق الاشارة اليه ٢٤١ — ٢٥٣ .

(٢) قارن المادة السابعة السابق شرحها .

(٣) وذلك بناء على فتوى صادرة من سعادة بدوى باشا فى مارس سنة ١٩٣١ فى مكاتبة رسمية نشرها الأستاذ رياض فى كتابه ١١٥ — ١١٦ . وقد عمم سعادة بدوى باشا فى رأيه بأن جعله منطبقا على المادة السابعة أيضا وهذا ما لا نوافق عليه . ويقرنا فى ذلك الأستاذ رياض ١١٧ الذى قبل الرأى فيما يتعلق بالمادة الثامنة . ويظهر أن المقصود من العمل بهذه الفتوى هو تنظيم سلطة الحكومة المطلقة le pouvoir discrétionnaire فى اعطاء الجنسية المصرية عن طريق التجنس منعا للتنازع مع جنسيات الدول الأجنبية على قدر الامكان .

حكوماتهم . وفوق ما تقدم فان التشريع المصرى لم يرد به ذكر لهذا القيد ، وهذا معقول ، لأن منع تنازع الجنسيات ليس من اختصاص المشرع الوطنى اذ المرجع فيه الى الاتفاقات الدولية . هذا ولقد أصبح ازدواج الجنسيات الآن أمرا عاديا وليس فى وسع المشرع الوطنى القضاء عليه وحده [١] . فى رأينا اذن أن استيفاء الأجنبي للشروط المنصوص عليها قانونا كاف وحده لجواز منحه الجنسية المصرية واعتباره مصريا أمام محاكمنا وبالنسبة لجميع قوانيننا بغض النظر عن تشريعات الدول الأخرى ومحاكمها التى قد تعتبر هذا المصرى المتجنس ما زال محتفظا بجنسيته الأجنبية .

٤٦٢ — فاذا استوفى الأجنبي جميع الشروط الخاصة بشخصه وبالاقامة وقدم طلبه متبعا فى ذلك الاجراءات القانونية فانه ينظر فى هذا الطلب ، حتى اذا رؤى أن هذا الأجنبي جدير بالجنسية المصرية فانه يصدر مرسوم بمنحه اياها ، الا اذا كان التجنس من النوع الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١/١١ فانه يكون بقانون خاص .

ولكن هل يجب أيضا صدور مرسوم فى حالة رفض طلب التجنس ؟ سكت المشرع عن هذه المسألة ، وفى اعتقادنا أن السلطة التنفيذية تتمتع بكامل سلطانها فى القبول أو فى الرفض ، لأن أساس التجنس توافق بين الارادتين وليس التجنس حقا للأجنبي الذى يطلبه بعد أن يكون قد استوفى شروطه . ولا تلزم السلطة التنفيذية باعلان ارادتها فى الرفض . على أن المظهر العملى للرفض هو عدم صدور مرسوم مانح للجنسية ، أى اهمال طلب الأجنبي وطرحه جانبا [٢] .

---

(١) راجع بحث Ancel السابق الاشارة اليه . ٢٤٧ .

(٢) وهناك مسألة أخرى يصح أن تكون محلا للبحث وتتلخص فى معرفة ما اذا كان من الممكن الطعن فى المرسوم الصادر بمنح الجنسية . من المعلوم أن التجنس عمل من أعمال السيادة على حسب رأى البعض أو على الأقل عمل مطلق acte discrétionnaire على حسب رأى البعض الآخر ، وعند أصحاب كل من الرأيين للسلطة التنفيذية مطلق الحرية فى منحه أولا ، ولذا يقولون أن المرسوم المانح للجنسية لايقبل الطعن ولا يمكن للمحاكم أن تقضى ببطلانه . =

٤٦٣ — وللتجنس آثار تكلم عنها المشرع فى المادتين ١٥ و ١٦ . وتنقسم هذه الآثار الى قسمين : القسم الأول ، ويشمل الآثار الخاصة بشخص المتجنس . فهذه الآثار اذن آثار فردية ، فيصبح المتجنس مصريا من يوم صدور المرسوم الذى منحه الجنسية المصرية ويعامل على هذه الصفة وفقا لأحكام قوانين البلاد ، أى أنه يتمتع بما للمصريين من حقوق ويتحمل بما عليهم من واجبات . ولقد ارتأت اللجنة البرلمانية عدم تخويل المتجنس بالجنسية المصرية حق التمتع بالحقوق السياسية الا بعد فترة من الزمان يتبين فيها ولاؤه للجنسية الجديدة وتعلقه بها بأن يصبح محل ثقة لأن يشغل أى منصب من المناصب الخطيرة فى

= ولكن مع ذلك وجد بعض الشك فى حالة ما اذا كان منح الجنسية قد تم رغم عدم توافر الشروط المطلوبة قانونا ، فحصل التساؤل عما اذا كان يصبح للغير أن يطعن فى اكتساب الجنسية على هذا الوجه ؟ يبيحون ذلك فى فرنسا وحجتهم فى ذلك أن التجنس ليس عمل سلطة وانما هو عمل مطلق من جانب السلطة التنفيذية (انظر Hauriou . فى كتاب القانون الادارى . الطبعة الحادية عشر ١٤ وما بعدها) وان هذا العمل انما يقوم على توافر شروط قانونية استلزمها المشرع فلا يمكن التجاوز عنها والا كان للسلطة التنفيذية أن تخالف القانون دون أية رقابة وهذا ما لا يمكن التسليم به ، اذ تصبح الشروط القانونية للتجنس ولا قيمة لها فى نظر السلطة التنفيذية بسبب تجاوز السلطة excès de Pouvoir . قارن موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٤١٣ — ٤٢٦ .

فهل يمكن الأخذ بهذا الرأى فى مصر والسماح للغير بالطعن فى صحة المرسوم الصادر بمنح الجنسية اذا لم تتوافر لدى طالبها الشروط المطلوبة قانونا ؟ قد يتبادر الى الذهن أن المادتين ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية و ١١ من المجموعة المدنية المختلطة تمنعان الطعن فى صحة هذا المرسوم الذى يمكن اعتباره على الأقل عملا اداريا . ولكننا مع ذلك لانقر هذا الرأى بل نقرر جواز الطعن فى صحة هذا المرسوم لأنه لكى يحترم لابد وأن يكون أساسه وهو استيفاء الشروط القانونية السابقة متحققا . أى أنه اذا لم تتحقق هذه الشروط أصبح المرسوم قائما على غير أساس ، فمن الطبيعى اذن أن ينهار وتنهار معه آثاره . فالدكريتو ولو أنه صحيح شكلا الا أنه لاينتج آثاره موضوعا ، فتقضى المحاكم اذن بعدم اعتبار هذه الآثار دون الحكم ببطلان الدكريتو فى ذاته . ويمكننا أن نجد تأييدا لرأينا هذا فى نظرية المحاكم المختلطة بشأن الأعمال الادارية (قارن . حكم صادر من محكمة المنصورة الابتدائية المختلطة فى ٢٤ يناير ١٩٣٣ . منشور فى مجلة مصر القضائية عدد ٥ فبراير ١٩٣٣) .

الدولة ، ولكن المشرع رأى فى سنة ١٩٢٩ عدم التمييز بين المصرى الصميم و بين المتجنس فى استعمال كافة الحقوق مكتفيا بالمادة ١٠ التى قرر فيها جواز سحب الجنسية المصرية من المتجنس اذا تحقق سبب من الأسباب المذكورة فيها . وظاهر أن آثار التجنس ليست نهائية ولكنها قابلة للالغاء على الأقل فى ظرف الخمس سنوات اللاحقة لمنحه .

أما القسم الثانى من آثار التجنس فيشمل الآثار الخاصة بزوجة المتجنس وأولاده القصر ، فهذه الآثار اذن جمعية . وتنص المادة ١٥ على أنه « يترتب على تجنس الأجنبى بالجنسية المصرية أن تصبح زوجته مصرية كذلك مالم تقرر فى خلال سنة من تاريخ دخول زوجها الجنسية المصرية أنها ترغب فى الاحتفاظ بجنسيتها الأجنبية » . فزوجة المتجنس تصبح مصرية سواء كانت مقيمة فى مصر أو فى الخارج . ولكن تزول عنها صفة المصرية بمجرد اعلان ارادتها بذلك الى وزير الداخلية (وفقا للمادة ٢٠) مقررة احتفاظها بجنسيتها القديمة . ولا شك فى أن ذلك غير مرغوب فيه ، اذ تصبح العائلة مختلفة الجنسية فى بلد ما زال خاضعا لنظام الامتيازات . وعلى أية حال فانه عند انتهاء الزوجية يمكن للمرأة أن تسترد جنسيتها الأصلية بالشروط المبينة فى المادة ١٤/١ التى سنفصلها فيما بعد .

وقد نصت المادة ١٦ / ١ على أن « الأولاد القصر للأجنبى الذى تجنس بالجنسية المصرية يصيرون مصريين الا اذا كانت اقامتهم العادية فى الخارج و بقيت لهم بمقتضى تشريع البلد الذين هم تابعون له جنسيتهم الأجنبية » . فالقانون اذن يترك للبالغين حريتهم فى اختيار الجنسية التى تلائمهم ، أما القصر فانهم يتبعون والدهم بشرط أن لا يكونوا مقيمين فى الخارج وأن لا تكون قد بقيت لهم جنسيتهم الأجنبية بموجب تشريعها . فالأصل اذن أن يكون هؤلاء الأولاد مقيمين مع والدهم فى مصر حتى يمكن أن يقال بأنهم يندمجون فى المصريين وأولادهم . فاذا كانوا مقيمين فى الخارج وفى الوقت نفسه سقطت عنهم الجنسية الأجنبية لتجنس والدهم فانهم يكتسبون الجنسية المصرية . وأساس

هذا الحكم منع اللاجنسية قبل كل شيء وعدم ايقاع هؤلاء الأولاد القصر فى هذا المركز الحرج بسبب تجنس والدهم . ومع ذلك فلهؤلاء الأولاد الحق فى اختيار جنسيتهم الأجنبية فى خلال سنة من بلوغهم سن الرشد (المادة ٣/١٦) .

(د) تأثير الزواج فى الجنسية

٤٦٤ — تكلم المشرع المصرى فى تأثير الزواج فى الجنسية فى المادة ١٤ التى حوت حالتين هامتين : الأولى : حالة المرأة الأجنبية التى تتزوج من مصرى ، وأتت فى الفقرة الأولى ، والثانية : حالة المرأة المصرية التى تتزوج من أجنبى ، وأتت فى الفقرة الثانية .

٤٦٥ — وقد اتبع المشرع المصرى المبدأ التقليدى الذى يقول بأن الزواج يغير من جنسية الزوجة فيكسبها جنسية زوجها . وأساس هذا المبدأ هو وحدة الجنسية فى العائلة على الأقل فى بداية الزواج ، وضرورة الاعتراف بالأولوية للزوج كرئيس لها وبالتالى لجنسيته . فاذا تزوج المصرى من امرأة أجنبية تصبح زوجته مصرية ، وكذلك اذا تزوجت المصرية من أجنبى فانها تصبح أجنبية . هذا هو المبدأ الذى اتبعه المشرع المصرى وظاهر أن اكتساب الجنسية يحصل هنا بفضل نص القانون دون حاجة لتحقق أى شرط آخر . على أن هذا المبدأ فى شطره الأول [1] لم يكن مقررا صراحة فى القانون العثمانى القديم مما دعا الى نشوء الخلافات . فقال بعض الشراح وتابعهم فى ذلك بعض الأحكام المختلطة أن زوجة العثمانى لاتصبح عثمانية لعدم النص [2] ، ولكن هذا الرأى لم يصادف نجاحا

---

(١) أما بالنسبة لشطره الثانى فلم يكن هناك خلاف . انظر ١٧ مارس ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٢٨٤ الذى اعتبر العثمانية التى تتزوج من فرنسى فرنسية .

(٢) انظر ١١ ابريل ١٨٩٥ . م . ت . م . ٧ . ٢١٩ وعكس ذلك ١٠ فبراير ١٩١٠ . م . ت . م . ٢٢ . ١٢٢ الذى وضع أسبابا مطولة وافية للأخذ بهذا الرأى وأخيرا ٢٣ مايو ١٩٢٣ . م . ت . م . ٣٥ . ٤٦٤ .

كبيرا فى العمل فسارت أغلبية المحاكم على الاعتراف لهذه الزوجة بالجنسية العثمانية . ولقد أصبح هذا الخلاف الآن فى حكم التاريخ بالنسبة للمستقبل بعد أن أتت النصوص صريحة فى قانون سنة ١٩٢٩ .

٤٦٦ — على أن مبدأ وحدة الجنسية فى العائلة خضع بدوره لسنة التطور حتى انتهى أجله فى بعض البلاد تاركا المجال حرا لمبدأ استقلال الجنسية فى العائلة ، بمعنى أن للزوجة الحق فى أن تظل على جنسيتها الأصلية كما يبقى الزوج طبعا محتفظا بجنسيته . ولم تصل التشريعات الى تقرير هذا المبدأ عن طريق الطفرة ، بل سارت فى سبيل التدرج حتى وصلت اليه . ولقد ساعدت جملة عوامل على تحقيقه ، أخصها حالة الحرب العظمى وما ترتب عليها من نتائج بالنسبة لنساء الأعداء اللاتى تزوجن من الأهلين ، أو المواطنات اللاتى تزوجن من رجال الأعداء ، مما أدى الى تعقيدات ، رؤى ان أحسن حل لها هو القول بمبدأ استقلال الجنسية فى العائلة . وقالوا تأييدا لذلك ان الجنسية شعور واحساس بعيد عن المصالح المالية فيمكن اذن تصور الاختلاف فيها كما يتصور الاختلاف فى الأديان . على أن هذا المبدأ يقبل الاستثناء فيصح أن تكتسب الزوجة جنسية زوجها اذا أعلنت رغبتها فى ذلك كما يصح للزوج أن يتجنس بجنسية زوجته . بناء على ما تقدم لا نعتبر من الدقة ، القول بأن هذا المبدأ الحديث هو نتيجة الحركة

= وقارن مع ذلك حكم محكمة اسكندرية الابتدائية الصادر فى ٢٨ يونيه ١٩٢١ جازيت . ١٢ . ٧٥ الذى قرر أن المرأة الأجنبية التى تتزوج من مصرى تصبح رعية محلية الا أنه اذا احتفظت هذه المرأة بشخصيتها التجارية (sa personnalité Commerciale (Sic باعتبار أنها مالكة لمحل تجارى باسمها كانت فانها تظل خاضعة لاختصاص المحاكم المختلطة . ولا شك فى غرابة هذا الحكم اذ يترتب عليه أن هذه المرأة تتمتع بجنسيتين فى وقت واحد ! ! وراجع عكس ذلك حكم محكمة النقض المصرية فى ١٦ مايو ١٩٣٥ فى قضية الست جاويدان هانم زوجة سمو الخديوى السابق الذى قرر أن لها الجنسية العثمانية دون الجنسية المصرية بسبب طلاقها من زوجها وخروجها بذلك من الأسرة المالكة ، وعدم توافر الشروط الواردة فى قانون الجنسية الصادرة فى سنة ١٩٢٩ وكذلك فى قانون سنة ١٩٢٦ . والحكم سليم فيما وصل اليه وفى أسبابه ما عدا اشارته الى قانون سنة ١٩٢٦ . وربما كانت الاشارة من باب الاستطراد فحسب لا للقول باحتمال تطبيق قانون سنة ١٩٢٦ . قارن قبله ٥١٥ .

النسائية العالمية بل يصح القول فقط ، بأن هذه الحركة قد شدت ازره ، و بخاصة لما هو معلوم من أن هذه الحركة النسائية لم تترعرع الا بعد الحرب ، مع أن هذا المبدأ قد ظهر فى ابانها .

ولم يفلت هـذا المبدأ الحديث من نقد الناقدين . فانتقده فى فرنسا العلامة Valéry وأيد التمسك بالمبدأ القديم ، اذ الأخـذ بالمبدأ الحديث مؤد الى تعقيد مشاكل تنازع القوانين فى العائلة . فمسائل الأحوال الشخصية يطبق عليها عادة قانون جنسية المتنازعين ، فاذا تنازع الزوج وزوجته على التزاماتهما وحقوقهما بعد الزواج والعلائق المترتبة عليه ، من نفقة وحضانة وطاعة ، وثبوت نسب وتبن — وهى مسائل يحكمها عادة قانون الزوج فى حالة اتحاد الجنسية — فأى قانون يطبق عند الاختلاف ؟ قال بعض الشراح بتفضيل تطبيق قانون الزوج لأنه هو السيد فى العائلة ، وقال آخرون بتطبيق قانون الزوجة فيما يتعلق بهـا [(١)] ومنهم من فضل قانون موطن الزوجية ، وأما المحاكم فى فرنسا فلم تعرض عليها بعد منازعات تـكفى لتقرير حل حاسم لهذا الخلاف لأن القانون الفرنسى الذى أخذ بهذا المبدأ ما زال حديثا [(٢)] .

وعلى أية حال فانه ليس من المرغوب فيه مطلقا أن نأخذ بهذا المبدأ فى مصر نظرا لوجود الامتيازات الأجنبية ، اذ لا يعقل أن نسمح للزوجة بأن تتمتع بامتيازات خاصة فى وسط عائلتها .

٤٦٧ — ولـكى تـكتسب الزوجة جنسية زوجها يكتفى بانعقاد الزواج صحيحا وفقا للقانون المصرى [(٣)] فاذا كان الزواج باطلا لسبب من الأسباب كعدم

---

(٢) والا انعدمت فائدة الاحتفاظ بجنسيتها لها . قارن قبله ٢٥٨ هامش (٢) .

(٢) راجع فى هذا الصدد تقرير اللجنة الأولى فى عصبة الأمم المنشور فى اكتوبر ١٩٣٢ المجلد الخامس من نشرات عصبة الأمم .

(٣) ويلاحظ أن القانون المصرى ليس واحـدا فى هذا الشأن فيجب اذن الرجوع الى مختلف الشرائع الدينية حسب ديانة أحد الزوجين المصرى الجنسية .

الأهلية مثلا فلا تنتقل الجنسية ، سواء كان عدم الأهلية من جهة الزوج أو الزوجة . ولقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ١١ يونيه سنة ١٩١٣ تطبيقا على هذا المبدأ بعدم اكتساب سيدة مصرية تدعى صالحة هانم للجنسيةالروسية رغم زواجها من روسى بروتستانتى لأن الزواج باطل ، فالزوج مسيحى الديانة أما الزوجة فمسلمة شريعتها الاسلام ، وهى لا تجيز هذا الزواج .

و ينقل الزواج الصحيح الى الزوجة الجنسية الموجودة وقت العقد لاالسابقة عليه . أما جنسية الزوج اللاحقة فقد ذكرنا آثارها عند الكلام فى التجنس (المادة ١٥) . وكذلك لا يهم أن يكون الزوج بالغا لكى ينقل الجنسية ، أو أن تكون الزوجة بالغةلكى تكتسبها ، اذ أن اكتساب الجنسية هنا ليس حاصلا عن طريق التجنس بل حاصلا بفضل القانون ، و يتحقق توا بعقد الزواج .

٤٦٨ — ويصح التساؤل عما اذا كان مبدأ اكتساب الزوجة جنسية زوجها متعلقا بالنظام العام فى القانون المصرى أو لا ؟ أو بعبارة أخرى هل من الممكن الاتفاق على عكسه أو لا ؟ كانت المسألة خلافيــة فى فرنسا قبل قانون سنة ١٩٢٧ ، فقال بعض [١] الشراح بأنالمادتين ١٢ و ١٩ من المجموعة المدنية الفرنسية لاتفرضان على المرأة جنسية زوجها وانما تعبران فقط عن رغبة المشرع فى أن يكون للزوجين جنسية واحدة ، وأساس هذه الرغبة الافتراض بأن الزوجة قد شاءت أن تتبع زوجها فى جنسيته ، وعلى ذلك اذا صرحت الزوجة برغبتهافى الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية وأقرها زوجها على ذلك احترمت ارادتهما . و يضاف الى ما تقدم أن المشرع أباح للزوجة فى حالة تغيير الزوج لجنسيته أن تظل على جنسيتها القديمة (قارن المادة ٢/١٥ مصرى) فاذا كانالمشرع قد أباح اختلاف الجنسية فى العائلة بعد الزواج فلماذا لايبيحه منذالبداية ؟ ولكن أغلبيةالشراح تقر الرأى العكسى ومداره أن النصوص السالفة تفرض جنسية الزوج فرضا على

---

(١) راجع Beudant . ١ . ٥٧ . وكذلك رسالة Calbirac السابق الاشارة اليها ٣٣ — ٣٥ .

زوجته تحقيقا لأغراض اجتماعية [1] بعيدة عن ارادتيهما . أما القول بأن القانون نفسه أباح اختلاف الجنسية فى العائلة أثناء الزواج فلا يعول عليه لأن هذا الحكم استثنائى والقاعدة أن ما جاء على خلاف القياس لا يقاس عليه . ولا يخفى أن اكتساب الزوجة لجنسية زوجها أثر من آثار الزواج ، ومن المعلوم أن آثار الزواج ينظمها القانون بطريقة آمرة .

والرأى الثانى هو الراجح فى مصر وقد أخذت به محكمة الاستئناف المختلطة فى قضية مرغريت فهمى فى حكم صادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ [2] .

٤٦٩ — ونبحث الحالتين الواردتين فى نص المادة ١٤ على التعاقب :

الحالة الأولى : حالة المرأة الأجنبية التى تتزوج من مصرى : اذا تزوجت امرأة أجنبية من مصرى فانها تصبح مصرية بانعقاد الزواج صحيحا كما رأينا، وذلك بغض النظر عن النصوص الواردة فى قانون جنسيتها . فاذا كان هذا القانون يقرر فقدها جنسيتها كالقانون البريطانى [3] مثلا فلا منازعة فى اكتسابها الجنسية المصرية ، وكذلك يكون الحكم لو أن هذا القانون علق فقدها الجنسية على اكتسابها قانون جنسية زوجها كما فى القانون الايطالى وكما فعل المشرع المصرى فى المادة ١٤ ، كما سنرى . أما اذا كان هذا القانون لا يفقدها جنسيتها الا اذا أعلنت رغبتها فى ذلك كما هى الحال فى القانون الفرنسى الصادر سنة ١٩٢٧ فانه رغم ذلك تكتسب هذه المرأة الجنسية المصرية ، أى أنها تعتبر مصرية فى نظر

---

(١) أخصها العمل على تحقيق الوفاق والتجانس فى العائلة وهذا الاعتبار متعلق بالنظام العام .

(٢) والحكم منشور فى م . ت . ت . م . ٤٥ . ٢٠٠ وانظر تعليقنا عليه باللغة الفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة . ٢٤٣ — ٢٤٧ . وفى القضية كانت السيدة مرغريت فهمى قد احتفظت لنفسها فى عقد زواجها الذى تم فى سنة ١٩٢٣ بالجنسية الفرنسية . فاعتبرت المحكمة أن هذا الشرط باطل ولا يعول عليه لأنه مخالف للنظام العام .

(٣) وقد تعدل القانون البريطانى فى هذا الشأن أخيرا بما يتفق وقرارات مؤتمر لاهاى سنة ١٩٣٠ . قارن رسالة Calbirac ٣٨٠٠ وموسوعة القانون الدولى ٩٠ . ٣٠٤ .

القوانين والمحاكم المصرية . وهذا لا يمنع مطلقا من اعتبارها فرنسية بفرنسا[١] ، على أن من السهل القضاء على هذا التنازع اذ طلب الى المرأة الفرنسية أن تتنازل عن جنسيتها وتقرر اختيارها لجنسية زوجها عند الزواج . ولا يمكننا القول مطلقا كما قال البعض[٢] بأنه كان من الأولى بالمشرع أن ينص على أن المرأة الأجنبية لا تكتسب جنسية زوجها المصرى الا اذا صرح بذلك قانونها . فهذا القول وان كان أساسه رغبة محمودة فى منع تعدد الجنسية . الا أن المشرع المصرى لا يمكنه مطلقا أن يعلق اكتساب الجنسية المصرية على نص قانون أجنبي . والا تطرقت الامتيازات الى العائلة المصرية .

على أن اكتساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها المصرى ليس نهائيا بل يصح أن تزول عنها هذه الجنسية وفقا لأحكام المادة ١٤ وذلك فى قولها « ولا تفقد الجنسية المصرية عند انتهاء الزوجية الا اذا جعلت اقامتها العادية فى الخارج واستردت جنسيتها الأصلية عملا بالقانون الخاص بهذه الجنسية » فاذا ظلت هذه الزوجة مقيمة فى القطر المصرى فان الجنسية المصرية تلصق بها ، فاذا غادرته الى الخارج فلا تفقد الجنسية المصرية الا اذا استردت جنسيتها الأولى عملا بتشريعها . وظاهر أن الغرض من هذا النص هو منع بقاء الزوجة بلا جنسية[٣] .

---

(١) أى أنها تتمتع بجنسيتين فى وقت واحد فاذا كانت مقيمة فى مصر فهى مصرية ويجب على جميع المحاكم الموجودة فى مصر بما فيها المحاكم القنصلية أن تعاملها بهذه الصفة لأن الجنسية المصرية يجب أن تسود فى اقليمها .

(٢) الأستاذ الزينى . ٣٣٣ .

(٣) وقد حصل فى قضية مرغريت فهمى أنه بعد عودتها الى فرنسا أرادت الاستفادة من أحكام المادة ١٤ من قانون ١٩٢٧ ومقتضاها أنه يصح للمرأة الفرنسية التى كانت قد تزوجت من أجنبي أن تسترد جنسيتها الفرنسية اذا أقامت فى فرنسا مدة سنتين وأعلنت اختيارها بذلك . فلما أرادت مرغريت فهمى القيام بالاختيار رفض طلبها بدعوى أنها مازالت محتفظة بجنسيتها الفرنسية اذ أنها كانت متزوجة من عثمانى الجنسية ووفقا للقضاء الفرنسى لاتسقط عن هذه المرأة جنسيتها الفرنسية لأن القانون العثمانى القديم لايمنحها جنسية زوجها (قارن Arminjon فى الأجانب وأصحاب الحمايات . ١٠٦) ومن ثم لاداعى لاتخاذ اجراءات استرداد الجنسية الفرنسية . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها السابق الاشارة اليه أن هذه المرأة مصرية =

ولنا ملاحظتان مكملتان للأحكام السالفة التى فصلناها : الملاحظة الأولى : وموضوعها ، هل يمكن للزوج المصرى أن ينقل الجنسية المصرية الى زوجته المجردة من الجنسية ؟ هذا الفرض نادر ، ويمكن القول باكتسابها الجنسية المصرية من باب أولى ، كما أنه يمكن القول بعكس ذلك بناء على أن صياغة النص قد تفيد أن هذه الأجنبية التى تتزوج من مصرى مفروض أنها متمتعة بجنسية أجنبية قبل الزواج ، وبخاصة اذا لاحظنا أن القول بالرأى الأول مؤداها التسهيل للأجنبيات اللاتى لا جنسية لهن فى اكتساب الجنسية المصرية بطريقة مبسطة وهى تزوجهن زواجا صوريا ومؤقتا بزوج مصرى أيا كان بدلا من اتباع طريق التجنس ، وهى الطريق المعتادة . ومع ذلك فنحن نرجح الرأى الأول لأنه أكثر موافقة لنصوص القانون وان كان لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه التشريع . الملاحظة الثانية : وموضوعها ، أن المشرع قد توسع فى منح الجنسية المصرية بطريق الزواج ولم يجعل ذلك مقيدا بقيود ، اذ يصح أن تكون الزوجة أجنبية غير مرغوب فيها indésirable وبخاصة اذا كان قد صدر ضدها قرارا بالابعاد لسبب من الأسباب فتعمد هذه الزوجة ، كى تضيع كل أثر له ، بالتزوج زواجا صوريا من مصرى أيا كان . وهذه الحالة كثيرة الحصول فى مصر ، ألم يكن من الأولى اذن أن يوليها الشارع شيئا من الالتفات والعناية ؟ [1] .

= ومع ذلك فانها استردت جنسيتها الفرنسية رغم رفض طلب الاختيار السابق ، اذ أن حصول هذا الاختيار معقود بفقد الجنسية الأصلية فى نظر المشرع الفرنسى ، فليس للحكومة المصرية أن تدعى هنا ببقاء الجنسية المصرية لهذه المرأة اذ أن الحكومة الفرنسية تعتبرها فرنسية دون حاجة لأى اجراء ما . وعلى ذلك يكفى لاسترداد المرأة مرغريت فهمى لجنسيتها الفرنسية أن تكون قد حدثت اقامتها فى الخارج ولا محل للكلام فى استردادها الجنسية الفرنسية ما دامت هذه الجنسية لها فى الماضى والمستقبل على السواء وان كان بقاؤها لها فى الماضى غير مقر عليه فى مصر . راجع تعليقنا على الحكم السابق الاشارة اليه . ولكن ماذا يجب أن تفعل هذه المرأة لو أرادت الاستمرار على جنسيتها المصرية رغم اقامتها فى فرنسا ؟

(١) وهذا ما ذهب اليه معهد القانون الدولى فى اجتماع استكهولم سنة ١٩٢٨ فى المادة الخامسة . وقد يكون من الصعب هنا الاستعانة بفكرة الغش نحو القانون لتنفيذ قرار الابعاد .

الحالة الثانية : وهى حالة المرأة المصرية التى تتزوج من أجنبى . وتقول فى ذلك المادة ٢/١٤ « المرأة المصرية التى تتزوج من أجنبى تفقد الجنسية المصرية اذا كانت بمقتضى هذا الزواج تدخل فى جنسية زوجها عملا بالقانون الخاص بهذه الجنسية » . ومعنى هـذا أن فقد هذه المرأة لجنسيتها المصرية معلق على اكتساب الجنسية الجديدة ، فكأن الجنسية المصرية هى الأصل أما الجنسية الأجنبية فهى جنسية ثانوية لاحقة ، واكتسابها معقود بمنحها بموجب قانون الزوج . ومذهب المشرع المصرى هذا وسط بين التشريعات الأخرى التى سار بعضها على اسقاط الجنسية عن المرأة بمجرد زواجها من أجنبى كما رأينا بالنسبة للقانون البريطـانى القديم . وسار البعض الآخر منها على الاحتفاظ بالجنسية الأصلية للمرأة الا اذا رغبت فى جنسية زواجها وأعلنت رغبتها فى ذلك صراحة كما هى الحال فى التشريع الفرنسى .

٤٧٠ — وبمقتضى التشريع المصرى يجوز للزوجة عند انتهاء الزوجية أن تسترد الجنسية المصرية اذا ما أعلنت رغبتها فى ذلك واستوفت الاجراءات المقررة طبقا للمـادة ٢٠ متى كانت اقامتها العادية فى القطر المصرى أو عادت للاقامة فيه بعد انتهاء الزوجية . فاذا ظلت هذه المرأة فى الخارج لا يمكنها أن تسترد جنسيتها المصرية . هذا ويلاحظ أن المرأة الأجنبيـة التى تصبح مصرية بزواجها من مصرى وانتهت زوجيتهـا ، تظل مع ذلك مصرية اذا لم تسـترد جنسيتها الأصلية ولو أنها كانت مقيمة فى الخارج ، أما المرأة المصرية التى تزوجت من أجنبى وانتهت الزوجية بينهما فانها تظل أجنبية اذا بقيت مقيمة فى الخارج ولا تسترد مصريتها ولو أظهرت رغبتها فى ذلك . وهذه الأحكام قد يصعب تعليلها تعليلا شافيا [1] وان كانت المذكرة الايضاحية تقول فيها « بأن الغرض هو منع تعدد

---

(١) ومن رأى بعض الكتاب ضرورة تنظيم مسألة جنسية المرأة المتزوجة عن طريق الاتفاقات الدولية ، اذ أن هذه المسألة ذات صبغة دولية فلا يجب حلها وفقا للتشريعات الوطنية وحدها وذلك قطعا للتنازع . قارن رسالة Calbirac ٢١٣ وما بعدها .

الجنسيات وما يترتب على هذا التعدد من التنـازع وأن ذلك من أخص مرامى التشريع الحديث فى شئون الجنسية ! ! » .

(ه) الجنسية المصرية

٤٧١ — تكلم المشرع المصرى عن فقد الجنسية المصرية بصفة أصلية فى المواد ١٠ ، ١٢ ، ١٣ ، ولـكنه أشار الى فقدها فى أحوال أخرى سبق أن بيناها عند شرح المواد ٢ ، ١٤ ،١٥ ، ١٦ . فلايبقى هناسوى بحث أحوال فقد الجنسية المصرية بصفة أصلية .

٤٧٢ — ومبدأ فقد الجنسية فى ذاته مقرر فى القوانين عامـة ، أى أنه مبدأ عالمى عرف من قديم الزمان ، ولـكنه خضع بدوره لسنة التطور . فلم يكن للفرد فى البداية أن يتنازل عن جنسيته الأصـلية فى سـبيل اكتساب جنسية جديدة ، وذلك وفقا لمبدأ الولاء الدائم لشخص الملك . ولـكن تحرر الفرد رويدا من هذا الارتباط الدائم ، اذ اعتاد الملوك أن يسمحوا لبعض رعاياهم بالخروج من جنسيتهم واكتساب جنسية أجنبية . وانتهى الأمر أخيرا الى تقرير مبدأ حرية الفرد فى تغيير جنسيته ، ولو أن هذا المبدأ ما زال مقيدا ببعض القيود فى بعض التشريعات الى الآن . على أنه كان مقررا فيما مضى جواز فقد الجنسية عن طريق العقوبة ، وذلك اذا ما التحق فرد بخدمة الأعداء أو أقام فى الخارج مدة طويلة ، أو لغير ذلك من الأسباب التى ما زالت موجودة حتى اليوم ولـكن فى أسلوب عصرى يتناسب مع تغير الأزمنة وتغير طرق الحكم ونظمه (١) .

وأساس فقد الجنسية فى الوقت الحاضر ليس مبناه العقوبة فحسب ، اذ أن المشرع قديقرر فقدالجنسية عن شخص رغبةمنه فى منع تعدد الجنسيات ويتحقق ذلك فى حالة ما اذا اكتسب ذلك الشخص جنسية جديدة عن طريق التجنس

---

(١) راجع فى التطور التاريخى فى فرنسا لهذه المسألة . مؤلف Rothier . فى القانون المدنى الجزء الأول .

وفقا لتشريع أجنبي كما سنرى عند شرح المادة ١٢ . وأساس فقد الجنسية فى هذه الحالة تحقيق أغراض عملية نافعة . وكذلك قد يقرر المشرع فقد الجنسية عن شخص اذا ما قام هـذا الشخص بأعمال ، لحساب دولة أجنبيـة ، يصعب التوفيق بينها و بين واجبـاته نحو دولته القديمة . فقيامه بهـذه الأعمال دليل مادى على رغبته فى الانفصال عن جنسـيته القديمة كما سـنرى عند شرح المـادة ١٣ . كما أنه تظهر فـكرة العقوبة من جديد كأسـاس لفقد الجنسية المصرية اذا ما ارتـكب المتجنس بهـا أعمالا معينة نص عليهـا المشرع فى المادة ١٠ .

٤٧٣ — ونشرح على التعـاقب الأحوال الأصليـة لفقد الجنسـية المصرية :

الحالة الأولى : وهى حالة المصرى الذى يتجنس بجنسـية أجنبية (المادة ١٢) : وقد أخذ المشرع المصرى هنا بمذهب وسط ، اذ لم يمنع المصرى اطلاقا ، من التجنس بجنسية أجنبية كما فعـل المشرع الانجليزى ، ولم يطلق له الحرية واسـعة كما هى الحال فى كثير من التشريعات الحديثة (١) ، بل جعل التجنس موقوفا على أخذ ترخيص مقدما من الحـكومة المصرية . و يصدر هذا الترخيص فى شكل مرسوم ، فلا يكتفى اذن بقرار يصدر من وزير الداخلية ، وذلك لخطورة الموضوع . ولقـد أحسن المشرع صنعا باشتراطه الاذن ، لأنه لو ترك الحرية للأفراد كان من المحتمل أن يتـأثر بعض ضعاف النفوس بمزايا الامتيـازات الأجنبية ومنافعها فيتخلون عن جنسيتهم المصرية و يندمجون فى جنسـية احدى الدول الممتازة كما كانت الحال بالنسبة لأصحاب الحمايات . وعلى أية الأحوال فان فى وجود الاذن ضمان لصحة التجنس ؛ ومانع من تنازع الجنسيات . وقد أخذ

(١) قارن Weiss . ١ . ٥١٣ وما بعدها .

المشرع بشرط الاذن هذا فى القانون العثمانى القديم الصادر فى سنة ١٨٦٩ [١] . فاستلزام المشرع له فى سنة ١٩٢٩ انما هو استمرار لتقاليد نافعة بالنسبة المستقبل .

ويعطى هذا الاذن [٢] عادة للمصريين المقيمين فى الخارج اذا كانت لهم مصلحة فى التجنس بجنسية أجنبية . ونوجه الأنظار الى أن اشتراط هذا الترخيص مقدما من شأنه أن يقضى ، بصفة عامة ، على ما يسمى بالتجنس التدليسى [٣] الذى يقصد به التهرب من تطبيق أحكام قوانين البلد الأصلى ،

---

(١) وكان التصريح يصدر فيما مضى من حكومة الباب العالى ، أما بالنسبة للرعايا المحليين المصريين فان الاذن يصدر لهم من الحكومة المصرية سواء قبل ٥ نوفمبر ١٩١٤ أو بعد ذلك التاريخ . انظر ٢٠ نوفمبر ١٩١٣ . م . ت . م . ٢٦ . ٣٤ و ٧ يونيه ١٩٢٢ . م . ت . م . ٣٤ . ٤٦٩ . وعلى المصرى الذى يدعى اكتسابه جنسية أجنبية عن طريق التجنس أن يقدم الدليل على حصوله على الترخيص السابق فلا محل اذن للقول بوجود ترخيص ضمنى . ولكن حكم تحت سلطان القانون العثمانى القديم باعتبار الرضا الضمنى دليلا على التصريح بالتجنس ، فاذا عاملت الحكومة المصرية شخصا هو فى الأصل مصرى على اعتبار أنه أمريكى وعينته محلفا فى المحاكم المختلطة على الأساس السابق فلا محل لمنازعتها فيما بعد فى جنسيته الأمريكية ٣ يونيه ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٤١٤ . ولا شك أن هذا التوسع فى التفسير خطر . وعلى أية حال فانه لا محل له الآن بعد أن اشترط المشرع صراحة ضرورة صدور التصريح فى شكل مرسوم .

ومن المسائل التى أثارت الخلاف فيما مضى معرفة ما اذا كان التصريح لازما فى حالة مغادرة البيار الى البلاد الأجنبية ، فقضى بعدم ضرورة التصريح فى هذه الحالة . ٢٦ ديسمبر ١٩١٢ . م . ت . م . ٢٥ . ٧٩ . ولا محل لهذا الخلاف الآن لأن نص المادة ١٢ من قانون الجنسية المصرى مطلق فلا بد من التصريح سواء كان المصرى طالب التجنس يقيم فى مصر أو فى الخارج . ولكن لا مانع يمنع هذا المصرى المتجنس من الدخول فى الأراضى المصرية بشرط أخذ اذن Visa كسائر الأجانب العاديين (قارن نص المادة ٥ من القانون العثمانى القديم) .

ويعطى الاذن بالتجنس للمصرى وللمصرية على السواء الا أنه اذا كانت المصرية متزوجة من مصرى فانه لا يسوغ لها أن تتجنس بجنسية أخرى ولو حصلت على تصريح لما يكون فى ذلك من مخالفة لنص المادة ١٥/٣ .

(٢) وفى الاصطلاح الفرنسى le congé de nationalité .

(٣) انظر قبله ٣٥٤ .

ولا يعطى الاذن الا بعد الاستعلامات والتحقق من الأسباب التى تدعو الشخص الى اكتساب جنسية أجنبية . وعلى ذلك اذا تجنس مصرى بجنسية أجنبية بغير الترخيص له مقدما بذلك فان تجنسه يعتبر باطلا فى نظر التشريع المصرى أى أنه يظل معتبرا مصريا من جميع الوجوه وفى كل الأحوال (المادة ٢/١٢) . وهذا الجزاء حاسم [١] ولو أنه يؤدى الى تنازع ايجابى بين الجنسية المصرية والجنسية الأجنبية المكتسبة ، اذ أن هذا المصرى يعتبر ايطاليا (مثلا) فى بلاد الجنسية الأخرى .

ولكن اذا كان الاذن بالتجنس قد أخذ صحيحا . فان المصرى يكتسب الجنسية الأجنبية وفقا لشرائطها فاذا لم يكتسبها فتبقى له جنسيته المصرية [٢] . ويترتب على تجنسه بهذه الجنسية أن تفقد زوجته الجنسية المصرية ، وهذا الفقد معقود بدخولها فى جنسية زوجها بمقتضى القانون الخاص بهذه الجنسية الجديدة ، ومع ذلك فتبقى لها جنسيتها المصرية اذا قررت فى خلال سنة من تاريخ دخول زوجها فى هذه الجنسية انها ترغب الاحتفاظ بالجنسية المصرية ، مع ملاحظة أن زوجها يكون أجنبيا . وفى هذا ما يثبت أن مبدأ وحدة الجنسية العائلة وفقا للتشريع المصرى ليس مطلقا كل الاطلاق بل يصح أن تختلف جنسية الزوجين فى العائلة (٢/١٥) . وعلى أية الأحوال فانه يجوز لهذه الزوجة بعد انتهاء الزوجية أن تسترد جنسيتها المصرية تطبيقا للمادة ٢/١٤ وللمادة ٤/١٥ .

---

(١) ومع ذلك فهو جزاء واه ، اذ يتمكن المتجنس فى الواقع من الاستفادة من مزايا الجنسيتين فى وقت واحد وعلى قدر الامكان ، كل فى أرضه .

(٢) اذ القول بعكس ذلك معناه أن هذا المصرى يصبح ولا جنسية له ، وهذا أمر غير مرغوب فيه وبخاصة اذا لاحظنا أنه لا يقصد باعطاء هذا الترخيص اسقاط الجنسية المصرية عن الشخص وانما يقصد به تسهيل اكتساب الجنسية الأجنبية عليه . وتحديد المراد بالجنسية يرجع فيه للتشريع المصرى فان كان المصرى لم يكتسب سوى التمتع بحقوق لا تساوى الحقوق المترتبة على الجنسية كما اذا اكتسب فقط صفة مواطن فى بلدة معينة فانه يظل مصريا . قارن موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٤٤١ .

ويترتب على تجنس المصرى بجنسية أجنبية تجنسا صحيحا أن يفقد أولاده القصر وقت التجنس جنسيتهم المصرية لكن يكتسبوا جنسية أبيهم الجديدة بالتبعية [١] ، اذا كان القانون الخاص بهذه الجنسية يقضى بذلك . وهذا الحكم كما هو ظاهر أساسه منع اللاجنسية (المادة ٢/١٦) . على أنه يسوغ لهؤلاء الأولاد القصر أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية فى خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد (المادة ٣/١٦) . وتحديد هذا السن كما تقول المادة ١٩ يكون طبقا لتشريع البلد التابع له الشخص وقت الاختيار .

وعلى أية الأحوال فانه ليس لدخول الجنسية المصرية أو فقدها واسقاطها واستردادها أى تأثير على الماضى ما لم ينص على ذلك فى المرسوم . وهذا الحكم عام وقد أوردته المادة ١٨ . وهو متفق كل الاتفاق مع المبادىء العامة .

الحالة الثانية : وهى حالة المصرى الذى يؤدى أعمالا لا تتفق مع واجباته نحو بلده فيصح اسقاط [٢] الجنسية المصرية عن هذا المصرى بمرسوم . وقد ورد هذا الحكم فى المادة ١٣ التى يتبين من مطالعتها وجوب التفرقة بين فرضين أساسيين .

الفرض الأول : ومقتضاه أن يقبل المصرى القيام بالخدمة العسكرية لدى احدى الدول الأجنبية بدون أخذ ترخيص صريح [٣] من الحكومة . فعمله هذا متعارض مع واجباته نحو الدولة المصرية . ولا يشترط هنا أن يؤدى المصرى الخدمة العسكرية فى الخارج ، بل يصح أن يتم ذلك داخل البلاد كمن يتطوع فى خدمة الجيش الانكليزى المحتل . وانما يشترط أن يكون قد قبل الخدمة العسكرية بمحض

---

(١) وذلك وفقا لنظرية السلطة الأبوية patria potestas عند الرومان .

(٢) وفى الاصطلاح الفرنسى la déchéance de la nationalité égyptienne .

(٣) ولا يشترط أن يكون الترخيص فى شكل مرسوم بل يكفى فيه أن يكون فى شكل قرار صادر من الحكومة المصرية أى من مجلس الوزراء . وعلى أية حال فان عدم أخذ الترخيص لا يترتب عليه سقوط الجنسية المصرية عن هذا المصرى فالاسقاط جوازى للحكومة . فان قررته فعليها أن تستصدر مرسوما بذلك .

ارادته لا أن يكون قد أجبر عليهـا ابان وجوده فى الخارج ، ويتحقق ذلك اذا ما كانت جنسية بلد أجنبى قد فرضت عليه فرضا بسبب ميلاده أو اقامته مدة طويلة بها . أما الفرض الثانى . فمقتضاه أن يقبل المصرى وظيفة فى الخارج أى خارج مصر لدى حكومة أجنبية ويستمر فيها رغم الأمر الصادر له من الحكومة المصرية بتركها ، فاسقاط الجنسية عنه يحصل لنفس السبب السالف الذكر. وظاهر أنه يشترط هنا أن يحصل قيامه بالخدمة فى الخارج لا فى الداخل ، فمن يعين فى سفارة أو قنصلية أجنبية فى مصر لا يمكن أن تسقط عنه الجنسية المصرية لهذا السبب . وظاهر أيضا أن فقد الجنسية المصرية هنا معلق على صدور الأمر لهذا الموظف بمغادرة هذه الخدمة فان لم يصدر هذا الأمر فلا يصح اسقاط الجنسية مقدما .

وبمقتضى القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣١ . أضيف فرض جديد للفرضين السابقين ، فأصبحت المـادة ١٣ حاوية لثلاثة فروض . وبموجب هذه الاضافة يصح اسقاط الجنسية المصرية بمرسوم عن كل شخص يقيم خارج القطر المصرى (لا داخله) ويكون منتسبا الى هيئـة غرضها نشر دعاية ثورية ضد النظام الاجتماعى أو الاقتصادى للدولة أو ضد النظم الأساسية المجتمع [١] . . . وظاهر أن الغرض من هذه الاضافة الجديدة هو محاربة البولشفية . فتسقط الجنسية عن مرتكب هذه الأعمال لأنها لا تتفق مطلقا مع اعتباره مصريا ملتزما بالمحافظة على كيان الدولة المصرية .

---

(١) وهاك نص الفقرة المضـافة : « وكذلك يجوز اسقاط الجنسية المصرية بمرسوم عن كل شخص يقيم خارجا عن القطر ويكون منضما الى هيئة غرضها نشر دعاية ثورية ضد النظام الاجتماعى أو الاقتصادى للدولة أو ضد النظم الأساسية للمجتمع أو ترمى الى الوصول الى نفس الغرض بأية وسـيلة أخرى أو يكون منضما الى مركز أو معهد دراسى أو غير دراسى أو الى مكتب أو جماعة تابعة لمثل تلك الهيئة أو متصلة بهـا أيا كان وجه التبعية أو الاتصـال وسواء أكانت تلك الهيئة أو أحد ملحقاتها موجودة فى القطر المصرى أم فى الخارج .

وكذلك يجوز اسقاط الجنسية عن كل شخص يتلقى فى مثل الشروط المتقدمة تعاليم مثل تلك الهيئات أو أساليبها سواء أكان ذلك بحضور دروس أم بأية طريقة أخرى » .

واسقاط الجنسية فى هذه الفروض الثلاثة مقصور فى اعتقادنا على الشخص الذى يوجد فى هذه الظروف دون زوجته وأولاده القصر الذين يظلون مصريين لأنهم لم يفعلوا ما يوجب فقدانهم لجنسيتهم و بخاصة اذا كان المقصود هو مطلق توقيع عقوبة كما يشعر بذلك قانون سنة ١٩٣١ .

على أنه يجوز لمن أسقطت جنسيته وفقا لما تقدم أن يستردها طبقا لأحكام المادة ٨ من قانون الجنسية أى عن طريق التجنس .

الحالة الثالثة : وهى حالة سحب [١] الجنسية المصرية من الأجنبى المتجنس بها . والسحب هنا حاصل على سبيل العقوبة ، اذ ثبت أن هذا المصرى الجديد غير أهل للاحتفاظ بالجنسية المصرية لارتكابه عملا من الأعمال المنصوص عليها فى المادة ١٠ ، التى تقرر أنه « يجوز بمرسوم تذكر فيه الأسباب [٢] اسقاط الجنسية المصرية عمن دخل فيها طبقا لأحكام المواد الثلاث السابقة وذلك فى الأحوال الآتية : (١) اذا كان دخل الجنسية المصرية بناء على أقوال كاذبة أو بطريق الغش (٢) اذا حكم عليه فى القطر المصرى بعقوبة جنائية [٣] أو بعقوبة الحبس لمدة سنتين على الأقل (٣) اذا أتى عملا فيه مساس بسلامة الدولة فى الداخل أو فى الخارج أو بنظام الحكومة أو بالنظام الاجتماعى فى القطر المصرى (٤) اذا نشر بطريق الخطابة أو الكتابة أو احدى طرق النشر الأخرى أفكارا ثورية مغايرة لمبادىء الدستور الأساسية [٤] .

على أنه لا يسوغ تقرير هـذا الاسقاط اذا كان التجنس قد مضى عليه أكثر من خمس سنوات dies a quo .

٤٧٤ — والمـادة السابقة واضحة كل الوضوح ويكفى هنا أن أوجه

---

(١) وفى الاصطلاح الفرنسى retrait .

(٢) وفى الاصطلاح الفرنسى décret motivé .

(٣) أى عقوبة جناية une peine criminelle .

(٤) قارن هذه الحالة بحالة اسقاط الجنسية المشار اليها فى قانون سنة ١٩٣١ .

الأنظار الى المسائل الآتية :

أولا : ان سحب الجنسية (لا اسقاطها كما فى نص القانون) يحصل بمرسوم أى بعمل صادر من السلطة التنفيذية . ويجرى بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسى على جعل هذا الأمر من اختصاص السلطة القضائية لخطورته (المادة ١٠/٣ من قانون ١٩٢٧) . ولكن استعاض المشرع المصرى عن هذا كله باشتراط أن يكون المرسوم مسببا .

ثانيا : ان هـذه المادة لا تنطبق الا على الأجنبى الذى تجنس بالجنسية المصرية وفقا للمواد ٧ ، ٨ ، ٩ . فلا تنطبق اذن على من دخل الجنسية المصرية بسبب آخر كالمواد ١٤ و ٢٤ . ويقضى التشريع الفرنسى بجواز سحب الجنسية الفرنسية من الزوجات اللاتى يرتكبن بعض الأعمال المحظورة .

ثالثا : انه من الممكن القول بأن سحب الجنسية المصرية يكون قاصرا على المتجنس دون أفراد عائلته لأن الأساس هنا هو توقيع العقوبة والأصل فيها أن تكون شخصية ، كما أنه يصح القول بأن المشرع قد قصد سحب الجنسية من مكتسبها ومن تابعيه كتهديد للمتجنس كى لا يرتكب عملا من الأعمال المذكورة فى المادة ، وفى اعتقادى ضرورة اتباع الرأى الثانى [1] ولا جدال فى ذلك اذا أفصح مرسوم السحب عن ضرورة سحبها من الزوجة والأولاد القصر فيتبع .

رابعا : ان هذا السحب يحصل فى خلال الخمس سنوات التالية للتجنس لا بعدها . أى أن مدة الخمس سنوات هى مدة تجربة للسلوك وشرط فاسخ للجنسية المصرية كما ورد ذلك فى المذكرة التفسيرية للقانون ، وتقول النسخة الفرنسية une sorte de condition résolutoire ، وفى هـذا ما يثبت أن سحب الجنسية ليس له أثر رجعى ، ويمكن تأييد وجهة النظر هـذه بنص المادة

(١) اذ أن المقصود من هذا الاجراء هو طرد هذا المتجنس من الجنسية المصرية فيخرج منها هو ومن يتبعه . وبخاصة اذا علم أن سحب الجنسية من هذا الشخص يتبعه غالبا ابعاده عن مصر فيبعد عنها هو وأفراد عائلته ، عدا البالغين منهم .

١٨ السالف الاشارة اليه . على أنه يمكن القول بالأثر الرجعى لسحب الجنسية فى حالة ما اذا كان الدخول فى الجنسية المصرية مبنيا على الغش [(١)] . ولا شك هنا أيضا فى ضرورة سحبها من الزوجة والأولاد القصر بناء على مبدأ أن الغش يفسد كل شيء fraus omnia corrumpit [(٢)] .

خامسا : انه لا يسمح فى الأصل بالطعن فى صحة هذا المرسوم والذى تقول بحمايته هنا هو تقدير السلطة التنفيذية ، لا تحقق أو عدم تحقق احدى الأحوال السابقة المذكورة فى المادة ١٠ اذ تخضع هذه المسألة فى رأينا لرقابة المحاكم . على أنه لا محل لرقابة القضاء اذا كان هو نفسه الذى أصدر حكما على الأجنبى لارتكابه عملا من الأعمال السالفة .

(و) استرداد الجنسية المصرية [(٣)]

٤٧٥ — اذا فقد المصرى جنسيته بأحد الأسباب الأخرى المذكورة فى القانون ، فانه من المحتمل أن يرغب فى العودة الى جنسيته القديمة من جديد وترك الجنسية التى اكتسبها ان كان قد اكتسب جنسية جديدة . فهل من الممكن تحقيق هذه الرغبة ؟ هذا ما أجاب عنه القانون بالايجاب فبسط الشروط مرة وصعبها أخرى على حسب الأحوال ، فجاءت الشروط سهلة كما رأينا فى المواد ١٤/١ و ٢ ، ٤/١٥ ، ٣/١٦ ، ٢/٢٤ فلم يستلزم المشرع أكثر من اظهار الرغبة والاقامة فى القطر المصرى . ولقد جاءت الشروط صعبة كما يرى فى المادة ١٣ / ٢ اذا استلزم هنا ضرورة استيفاء شروط التجنس العادى . وهذه الفقرة جديدة فى

---

(١) لأن الحاصل هو بطلان التجنس nullité لا سحبه أو الغائه révocation ومن المعلوم أن للبطلان أثرا رجعيا دون السحب أو الالغاء .

(٢) قارن موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٤٧٧ — ٤٧٩ مذهب القضاء الفرنسى فى التفرقة بين آثار فقد الجنسية المبنى على التجنس perte - changement وآثار فقد الجنسية المبنى على الاسقاط perte - déchéance .

(٣) وفى الاصطلاح الفرنسى Le recouvrement de la nationalité égyptienne .

قانون سنة ١٩٢٩ ولم يأت لها ذكر فى قانون ١٩٢٦ مما دعا البعض [١] الى القول بعدم جواز اكتساب الجنسية المصرية من جديد فجاء النص قاطعا لكل شك مقررا جواز اكتسابها على الوجه السابق .

(ز) اثبات الجنسية المصرية

٤٧٦ — لا شك فى أهمية اثبات الجنسية بالنسبة للوطنيين والأجانب على السواء . ولا تقف هذه الأهمية عند حدود مسائل تنازع القوانين الداخلة فى القانون الخاص بل تتجاوزها الى بعض المسائل الداخلة فى القانون العام . فيهم الوطنى اثبات جنسيته الوطنية رغبة منه فى استعمال حقه الانتخابى أو التمتع بوظيفة حكومية أو مفاداة أمر بالابعاد أو بالتسليم صدر فى غير محله . وكذلك الأجنبى بدوره قد يهمه اثبات جنسيته الأجنبية كما لو أراد أن يتخلص من القيام بالخدمة العسكرية فى بلد خلاف بلده الأصلى ، أو أن يتمتع بامتيازات مقررة له بمقتضى التشريع . فمسائل اثبات الجنسية متصلة بالقانون الخاص و بالقانون العام على السواء [٢] . ومن ثم كان من المحتمل أن يثار النزاع بشأنها أمام المحاكم القضائية أو أمام السلطات الادارية على حسب الأحوال . فكيف يتم الاثبات ، وما هى السلطة المختصة بتقرير جنسية الشخص والفصل فى المنازعات التى تثار حولها ؟ أما كيفية الاثبات فهى مسألة موضوعية والأدلة تختلف باختلاف كل حالة و باختلاف أحكام التشريع فى كل بلد . وأما الهيئة المختصة فهى اما أن تكون المحاكم القضائية العادية ، و بخاصة اذا كان النزاع حول الجنسية ، كمسألة فرعية سابقة على المسألة الأصلية المطروحة أمام المحكمة ، واما أن تكون سلطة ادارية تفحص كل حالة تعرض بطريقة فرعية أو أصلية وتفصل فيها حسبما تراه . على أن هناك فارقا هاما بين الطريقين ، فاتباع الطريق الأولى من شأنه أن يجعل الحكم

---

(١) الدكتور الزينى . ٤٢٤ — ٤٢٥ .

(٢) انظر رسالة Cogordan . ٤٠١ وما بعدها .

القضائى الفاصل فى مسألة الجنسية مقصورا فى قوته على الطرفين المتنازعين دون غيرهم ، فيصح اذن العدول عنه بمناسبة نزاع تال مطروح أمام أية محكمة أخرى ، وأما فى حالة اتباع الطريق الثانية فان القرار الادارى يكون محترما من الجميع اذ يقصد به اظهار جنسية الشخص فى نظر الحكومة الوطنية و بالتالى فى نظر الجميع [١] . وقد اتبعت هذه الطريق فى الدولة العثمانية عقب صدور قانون سنة ١٨٦٩ الخاص بالجنسية [٢] . على أنه يمكن القول باتباع طريق ثالثة هى التصريح لاحدى السلطات الادارية بفحص مسائل الجنسية مقدما واعطاء شهادات للمواطنين دون غيرهم ، على أن يعمل بهذه الشهادات أمام القضاء الا اذا ثبت عكسها . وفى اتباع هذه الطريق الجمع بين المراقبة القضائية وما فيها من ضمانات ، والمراقبة الادارية بما فيها من مزايا البحث والتحرى عن حقيقة الأشخاص بالوسائل الادارية لمعرفة ما اذا كانوا وطنيين أو أجانب . وقد اتبع المشرع المصرى هذا المذهب فى قانون الجنسية الصادر فى سنة ١٩٢٩ فى المادة ٢١ التى تقرر ما يأتى « يعطى وزير الداخلية كل ذى شأن شهادة بالجنسية المصرية مقابل دفع الرسوم التى تفرض بمقتضى قرار منه و بعد تقديم جميع الأدلة التى يرى لزومها وهذه الشهادات يؤخذ بها لدى القضاء حتى يثبت عكس ما فيها » . ولكن لما كانت أدلة الاثبات القاطعة فى مسألة الجنسية من الصعوبة بمكان رأى المشرع أن يخفف على وزير الداخلية و بالتالى على القضاء هذه المهمة العسيرة أورد فى المادة ٢٢ قرينة قانونية مقتضاها أن « كل شخص يسكن [٣]

---

(١) وهذا لا ينفى احتمال تغيير الجنسية فيما بعد باحدى الطرق غير المباشرة كالتجنس أو الزواج .

(٢) انظر مؤلف Arminjon « الأجانب وأصحاب الحمايات » ١٣٦ — ١٣٩ حيث يشير الى تأليف لجنة بوزارة الخارجية العثمانية مهمتها بحث حالة الأشخاص المفروض أنهم عثمانيون مع أنهم يدعون جنسية دولة أجنبية أو حمايتها .

(٣) وفى النص الفرنسى Tout individu habitant le territoire . فلا يشترط اذن التوطن بل تكفى مجرد السكنى .

الأراضى المصرية يعتبر مصريا و يعامل بهذه الصفة الى أن تثبت جنسيته على الوجه الصحيح » وأساس هــذه القرينة السيادة الاقليمية فكل شخص لم تثبت جنسيته الأجنبية على وجه قانونى ظاهر فالأصل فيه أنه مصرى .أى أن الجنسية المصرية هنا احتياطية وثانوية ، ولذلك لم يرض الشارع أن يترك لهذا الشخص التمتع بكامل الحقوق كسائر المصريين فنص فى المادة ٢/٢٢ « على أنه ليس له أن يباشر الحقوق السياسية فى مصر الا اذا ثبتت جنسيته المصرية » . ومؤدى هذا القيد أن المشرع لا يقصد اعطاء هذا الشخص الجنسية المصرية وان افترضه مصريا لعجزه عن اثبات جنسيته الأجنبية ، فلا يحق له أن يباشر حقوقه السياسية الا بعد أن يثبت جنسيته المصرية بوسائل أخرى يقرها القانون والقضاء.والخلاصة أن القرينة الواردة فى المادة ٢٢ سلبية لأنها لا تمنح جنسية حقيقية ، وانما تفترض الجنسية المصرية بدلا من افتراض وجود حالة لاجنسية أو جنسية أجنبية [١] .

٤٧٧ — وكان للقرينة الواردة فى المادة ٢٢ من قانون الجنسية المصرى الأخير نظير فى المادة التاسعة من القانون العثمانى القديم . واذا تأملنا فى موضوعها وجدنا أنها لا تتناسق مع الأساس الذى بنيت عليه الجنسية العثمانية فى الماضى والجنسية المصرية فى الوقت الحاضر ، اذ القرينــة اقليمية ومبنى الجنسيتين السالفتين شخصى ، وفقا لمذهب حق الدم . ولذا لم يكن غريبا أن يثير العمل بهذه القرينــة بعض الصعوبات و بخاصة بسبب وجود المحاكم المختلطة . لأن اختصاص هذه المحاكم يعتمد بحسب الأصل على اختلاف جنسية المتنازعين حتى اذا ظهر أنهما متحدان فى الجنسية ارتفع الاختصاص ، ومؤدى القرينة أن الجميع مصريون حتى يثبت العكس . فاذا رفع نزاع الى المحاكم المختلطة فهل يجب عليها أن تتحقق من اختلاف جنسية الخصوم قبل الفصل فى الموضوع بناء على أن الأصل هو اتحادهم فى الجنسية عملا بأحكام القرينة السالفة ، أو يجب عليها أن تفترض اختلافهم فى الجنسية لأن هذه المحاكم لا ترفع اليها الدعاوى بين متحدى

---

(١) وبخاصة بالنسبة لأشخاص قد يكونوا مصريين حقيقة ولــكن يدعون جنسية أجنبية رغبة منهم فى الهرب من سلطان الحــكومة الاقليمية .

الجنسية ؟ اذا أخـذت المحاكم المختلطة بالافتراض الأول انتهت الى وجوب التثبت مبدئيا من اختلاف الجنسية ، ولا مرية فى صعوبة اتباع هذا المسلك ، وأثره فى تعطيل القيام بوظيفة العدالة . أما اذا أخذت بالافتراض الثانى انتهت الى وجوب الفصل فى الموضوع دون التعرض للمسألة الأولية المتعلقة بالجنسية الا اذا أثيرت أمامها كما اذا ادعى أحد الأخصام أنه من نفس جنسية الطرف الآخر ، ومن ثم لا محل لاختصاص المحاكم المختلطة . فاذا أثير هذا الادعاء فعلى من يكون عبء الاثبات السالف ؟ الأصل أن يكون على المدعى فيثبت أنه من جنسية مخالفة لجنسية المدعى عليه . فاذا كان المدعى عليه أجنبيا فعلى المدعى أن يثبت أنه ينتسب للجنسية المصرية أو لجنسية أخرى أجنبية مخالفة . كل هذا اذا كانت جنسية المدعى عليه الأجنبية ثابتة . فاذا كان المدعى مصريا والمدعى عليه ينازع فى اعتباره أجنبيا فعلى المدعى المصرى أن يثبت جنسية المدعى عليه الأجنبية [1] ، الا اذا كان المدعى عليه قد اتصف فى العقد الذى تم بينهما بوصف أجنبى [2] فعندئذ ينتقل عبء الاثبات الى المدعى عليه الذى يحاول اثبات مصريته [3] عن طريق آخر خلاف القرينة الواردة فى المادة ٢٢ على حسب ما قررناه. ومقتضى أحكام القضاء المختلط اذن أن القرينة الواردة فى المادة ٢٢ لا يعتد بها وتسقط اذا وصف الشخص نفسه أو وصف فى المعاملات بأنه أجنبى ، اذ يلزم هنا اثبات الجنسية المصرية بطريق آخر . وكل ما فى الأمر أن عبء الاثبات يتغير على

---

(١) انظر ٥ نوفمبر ١٩١٩ . م . ت . م ٣٢ . ٦ و١٢ ديسمبر ١٩٢٢ م . ت . م . ٣٥ . ٩٢ .

(٢) ١٠ مايو ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٤٥٦ و٣١ يناير ١٩٣٥ م . ت . م . ٤٧ . ١٤٠ .

(٣) وقد حكم تطبيقا على ما تقدم أنه اذا أقر شخص لآخر بجنسيته الأجنبية فى العقد ثم ادعى بعد ذلك أنه وطنى (مصرى) فعليه هو عبء الاثبات . ٢٣ نوفمبر ١٩٢٠ . م . ت . م ٣٣ . ٢٤ وقارن مسينا ٢٠ . ١٩٢ — ١٩٣ حيث يقرر ان الأصل أنه لا يصح للشخص أن يحبو نفسه بجنسيته لمجرد رغبته أو اتباعا لهوى نفسه . ومع ذلك فعمله هذا يعد قرينة على جنسيته الأجنبية .

حسب الظروف المادية لكل نزاع . ويترتب على مسلك القضاء المختلط أن ثبوت عكس القرينة القانونية السالف لا يتم بتقديم دليل قانونى بل بعمل من جانب الشخص صاحب المصلحة وذلك بوصفه نفسه بأنه أجنبى ، ومعلوم أنه لا يمكن لشخص أن ينشىء دليله بنفسه . ويظهر أن السبب فى اتباع هذا المسلك يرجع الى ضرورة الطمأنينة فى المعاملات نظرا لتعدد جهات الاختصاص فى مصر ، ومن جهة أخرى ربما كان لرغبة المحاكم المختلطة فى توسيع اختصاصها جانب من الأهمية فى الموضوع (١) .

٤٧٨ — وعلى أية حال فان الجنسية التى يراد اثباتها أمام المحاكم اما أن تكون الجنسية المصرية أو جنسية أجنبية . فاذا كانت الجنسية المراد اثباتها هى الجنسية المصرية ، فكيف يتم ذلك ؟ ذكر الشارع فى المادة ٢١ وسيلة هامة من وسائل اثبات الجنسية المصرية وذلك فى قوله « يعطى وزير الداخلية كل ذى شأن شهادة بالجنسية مقابل دفع الرسوم التى تفرض بمقتضى قرار منه وبعد تقديم جميع الأدلة التى يرى لزومها . وهذه الشهادات يؤخذ بها لدى القضاء حتى يثبت عكس ما فيها » فيرجع الى وزير الداخلية لاثبات جنسية المصريين . وعلى صاحب المصلحة فى ذلك أن يتقدم اليه طالبا اعطائه شهادة بجنسيته المصرية ، أو بجنسية أى مصرى آخر . ولا يعطى وزير الداخلية هذه الشهادة بمجرد طلبها بل يتحقق من تمتع الشخص المطلوب اثبات جنسيته بالجنسية المصرية سواء كان اكتسابه لها عن طريق النسب أو عن طريق الاقليم . فاذا أعطى الشهادة كانت لها قوة اثبات أمام الجهات القضائية على اختلاف أنواعها ولكن هذه القوة ليست مطلقة بل معلقة على اثبات العكس . وكيف يثبت

(١) ولا شك أن مؤدى القرينة السالفة متجانس تماما مع وجود المحاكم الأهلية والمحاكم الشرعية والطائفية اذ المفروض أنها لا تختص الا بين المصريين ، فاذا صدر حكم من احداها ونازع المحكوم ضده فى صحته بناء على أن الطرفين مختلفو الجنسية فعليه عبء الاثبات . قارن ١١ ابريل ١٩٢٨ . م . ت . م . ٤٠ . ٢٨٧ ولا يمكن أن توضع الأمور فى نصابها الا اذا وجدت محكمة عليا للتنازع فى الاختصاص .

العكس ؟ سكت الشارع هنـا وظاهر من سكوته أنه ترك الأمر للمحاكم ، فاذا قدمت شهادة أمام المحكمة الأهلية تثبت أن المدعى عليها مصرية ولكن هـذه الأخيرة أثبتت زواجها فيما بعد من أجنبي من رعايا الدول صاحبة الامتيازات فلا يعمل بالشهادة الصادرة من وزير الداخلية [1] . أى أن مسائل اثبات الجنسية وان بدأت باعتبارها ادارية فانها تنتهى دائما بالمراقبـة القضائية ، اذ للقضاء حق الفصل فى النهاية فى قيمة هذه الشهادة فله أن يعتبرها صحيحة وأن يرفض الأخذ بها لثبوت عكسها باحدى الطرق التى يراها كافية لتأدية هذا الغرض .

ولقد أحسن الشارع صنعا بايراده نص المادة ٢١ لأنه حدد بذلك الهيئة التى يرجع اليها فى طلب هذه الشهادة وحباها بقوة اثبات كافية ، وقد أيد بذلك ما كان متبعا فى العمل قبل صدور قانون الجنسية [2] . هذا بالنسبة للمصريين وأما بالنسـبة للأجانب فتثبت جنسيتهم عادة وفقا للشهادة التى يقدمونهـا بقيدهم فى قنصلية معينة كأجانب . وهذه الشهادة ادارية بحتة ولذا كانت قوتها فى الاثبات محدودة أى أنه يصح اثبات عكسها بكل الطرق ، كما يصح للقنصلية نفسهـا أن تعدل عنها أو أن تغير من مؤداها وفقا لما تراه السلطات العليا فى الدولة التابعة لها القنصلية . فالخلاصة أن الشـهادة القنصلية تعتبر عنصرا من العناصر الموضوعية لاظهار اتصاف الشخص بجنسية أجنبية . ولكى تحترم الشهادة القنصلية فى حدود النطاق السالف يلزم أن تكون بعيـدة عن كل شـبهة وأن تكون بعيـدة عن

---

(١) فالأصل اذن الحرية المطلقة فى تقديم الدليل المثبت للجنسية المصرية أو الأجنبية على حسب الأحوال . محكمة مصر الابتدائية المختلطة ٢٤ ديسمبر ١٩٢٣ . جازيت ١٤ . ٢٣١ .

(٢) ارمنجون . المرجع السابق ١٤٦ حيث ينتقد اتباع هذا المسلك لما قد يترتب عليه من انـكار العدالة وبخاصة فى حالة عدم تحقق الاتفاق بين الدولتين . على أن هنالك من الأحكام ما يفضل الايقاف رغم ذلك فى حالة ما اذا كان أساس التنازع وجود اتفاق بين مصر والدولة الأجنبية كالاتفاق بشأن حماية التونسيين فيحسن الايقاف . قارن Arminjon ٢٩٢ وما بعدها وقبله . ٦٣ — ٦٧ .

التناقض [١] كاشفة للجنسية لا مانحة ومقررة لها [٢] .

٤٧٩ — ولكن يحصل أحيانا أن تقدم شهادة من قنصلية أجنبية [٣] تثبت الجنسية الأجنبية لهذا الشخص الذى قدمت عنه شهادة بأنه مصرى فماذا يكون العمل ؟ اعتادت المحاكم المختلطة أن تقرر فى أول الأمر بأن النزاع هنا سياسى [٤] ، فكانت تقضى بايقاف النظر فى القضية الى أن يحل النزاع بين الحكومتين ، ولكن اتباع هذه السبيل كان سببا فى حدوث مضايقات مختلفة وسكوت عن الحق فى بعض الأحيان . مما دعا المحاكم الى العدول عن هذه الخطة الخاطئة ، اذ أن المتنازعين هم الأفراد لا الحكومات ، ولذا جرت على الفصل فى مسائل التنازع على الجنسية حسبما يتبين لها من الظروف .

٤٨٠ — على أنه يصح التساؤل عما اذا كانت أحكام المحاكم المصرية بشأن الجنسية تحوز قوة الشيء المحكوم به أو لا ؟ تكاد أغلبية الأحكام قبل و بعد صدور قانون الجنسية ، تقرر أن للأحكام السالفة حجة نسبية مقصورة على

---

(١) وكما تصبح الشهادة القنصلية تصلح أيضا الشهادة المقدمة من السلطات الرئيسية فى الدولة التابع لها الأجنبي كمن يقدم شهادة من العمدة أو المدير فى مقاطعته الأصلية التى ولد فيها بشرط أن تفيد هذه الشهادة أن الشخص مولود هنالك . قارن ارمنجون السابق الاشارة اليه ١٤٤ .

(٢) ١٢ مارس ١٩١٨ . م . ت . م . ٣٠ . ٢٧٥ الذى يقرر أن الشهادة القنصلية مجرد سند Titre فى اثبات الجنسية وليست حكما قاطعا . قارن مسينا . ٢ . ٢٩٦ ولكى تهدم الشهادة القنصلية القرينة فى المادة ٢٢ يجب أن يكون القيد فى القنصلية قد تم بناء على سبب صحيح معتبر كالبنوة من أب كان مقيدا هو أيضا فيها بناء على سبب يعتمد والا عمل بالقرينة السالفة اذا لم تكن حالة الشخص الظاهرة تفيد عكس ذلك .

(٣) ولا يكفى فى العادة مجرد تقديم جواز سفر passeport أو تذكرة اقامة permis de séjour كقرينة لاثبات الجنسية كما أنه لا تكفى أيضا شهادة صادرة من القنصل بصفته الشخصية ولكنه يشترط أن تكون الشهادة مصدقا عليها من وزارة الداخلية légalisé ولا داعى للتصديق عليها من وزارة الخارجية .

(٤) قارن Arminjon السابق الاشارة اليه ١٤٣ وما بعدها .

اختصاص المحكمة فى حدود القضية المطروحة أمامها . ومع ذلك فهناك بعض أحكام مختلطة حديثة تقرر أن فصلها فى مسائل الجنسية يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة لجميع الناس erga omnes . وفى رأينا أن هذا القضاء شارد لأن الحكم بالجنسية ان هو الا حكم كاشف لا منشيء [١] وبخاصة اذا علمنا أن الرأى الذى عليه الاجماع فى فرنسا بين الشراح [٢] والمحاكم يقول بعكس ذلك ، رغم أن النيابة العمومية [٣] ممثلة فى القضايا التى يدور فيها البحث فى مسائل الجنسية .

وعلى أية الأحوال فمن المقرر أن الهيئات القضائية المختلفة فى مصر لاترتبط بأحكام بعضها البعض فى مسائل الجنسية ، مما يترتب عليه فى غالب الأحيان أن يتمتع الشخص بعدة جنسيات داخل بلد واحد . وتختلف هذه الجنسيات باختلاف الهيئات القضائية وأحكامها . ولا شك فى أن هذه الحال سيئة ولا يحسن السكوت عليها محافظة على مصالح الناس ومعاملاتهم . وهذه النتيجة ضمن النتائج الضارة لتعدد جهات الاختصاص فى مصر [٤] .

٤٨١ — وفى كل ما أسلفناه ، افترضنا أن وزير الداخلية قد أعطى الشهادة لأنه رأى الأدلة كافية ، ولكننا لم نتعرض لبيان هذه الأدلة ، فما هى ؟ ومعرفة هذه الأدلة من الأهمية بمكان ، لأنه كما يصح الاحتجاج بها لدى وزير الداخلية يصح أيضا الركون اليها فى مناسبات أخرى مختلفة أمام الهيئات

---

(١) حتى يمكن تشبيهه بالأحكام الأخرى المتعلقة بالحالة اذ كانت تعتبر حجة فى مواجهة جميع الناس فيما مضى وقد عدل الآن عن هذا الرأى راجع كتاب مسينا ٣٥٠٢ وما بعدها .

(٢) ويقول Valéry برأى مخالف ولكن رأيه مهجور . ٣٣٤ . وحجته الأساسية وجود النيابة العمومية ممثلة فى الدعوى ، وأنه يكون مخالفا للنظام العام العودة لبحث النزاع من جديد .

(٣) أى أنها تقوم بذلك مقام الغير فى الدعوى .

(٤) ولا سبيل للقضاء عليها الا بتوحيد جهات الاختصاص أو على الأقل انشاء محكمة عليا لحل التنازع بشأنه .

الحكومية الأخرى . وتحديد هذه الأدلة من الصعوبة بمكان ، وبخاصة اذا كان هذا الشخص يريد اثبات جنسيته عن طريق النسب ، اذ يجب عليه أن يثبت أن أباه كان متمتعا بالجنسية المصرية وهكذا دواليك ، فيصعب فى الواقع الوقوف عند نقطة معينة فى هذه السلسلة الطويلة . ومن الملاحظ أن الاثبات هنا شبيه جدا باثبات الملكية العقارية ، فكما أننا التجأنا هنالك الى التقادم المكسب (وضع اليد) لاثبات الملكية بطريقة مطلقة ، فيجب علينا أن نبحث هنا عن طريقة مشابهة مؤدية الى نفس الغرض ، فما هى هذه الطريقة ؟ فى الواقع أن طريقة الاثبات تختلف باختلاف التشريعات ، ففى البلاد التى تعتمد تشريعاتها على حق الاقليم ، بصفة أصلية ، فى فرض الجنسية ، تسهل طريقة الاثبات اذ يكفى تقديم شهادتى ميلاد الابن والأب ، وهاتان الشهادتان تحددان محل الميلاد فيؤخذ بهما وبذلك تزول أغلب الصعوبات . وفى هذا ما يفسر لنا السر فى غياب نصوص متعلقة باثبات الجنسية فى هذه التشريعات . أما فى البلاد التى تعتمد تشريعاتها بصفة أصلية على حق الدم ، كما هى الحال فى مصر ، فان طريقة الاثبات تصعب . على أنه يخفف من هذه الصعوبة الالتجاء الى تطبيق المادة الأولى من قانون الجنسية ، وكذلك الى المادة ٦/٣ و ٤ [١] ، أما فيما عدا هذه الأحوال فيصعب الاتيان بدليل مطلق ، ولذلك سارت المحاكم المختلطة على اعتبار الحالة الظاهرة possession d'état دليلا كافيا عند عدم وجود دليل آخر . والحالة الظاهرة ان هى الا فكرة وضع اليد كما تظهر فى مسائل الجنسية . فمن كانت حالة أبيه أو حالته الظاهرة تفيد أنه مصرى أو أجنبى فانه يعتبر مصريا أو أجنبيا على حسب الأحوال . وتتكون الحالة الظاهرة من عناصر ثلاثة ، وهى الاسم nomen والمعاملة tractatus والشهرة fama . فمن يكون اسمه مصريا ويعامله الناس على اعتبار أنه

---

(١) وهى الأحوال التى تكتسب فيها الجنسية المصرية الأصلية بناء على حق الاقليم . وأما فى أحوال اكتساب الجنسية المصرية الأصلية بناء على حق الدم فواقعة البنوة تثبت بشهادة الميلاد على أن يكون الأب مصريا .

مصرى ويشتهر بينهم على هذا الوصف فهو مصرى كذلك [1] . هذه هى الوسيلة

---

(١) وعلى العكس من ذلك اذا كانت الحالة الظاهرة مجتمعة فيها العناصر الثلاثة السابقة تفيد أنه أجنبي فيعامل على هذا الوصف . الا أن المسألة تثير بعض الصعوبة اذا كان هـذا الشخص الذى تفيد حالته الظاهرة أنه أجنبي قد ثبت أنه فى الحقيقة مصرى وفقا لأحكام قانون الجنسية المصرى فهل تسقط الجنسية المصرية عنه احتراما لحالته الظاهرة ؟ هـذا ما اختلفت فى شأنه المحاكم ، فمنها ما قضى بأن الحالة الظاهرة لا يمكنها أن تسقط الجنسية المصرية (راجع ١٧ مايو ١٨٩٨ . م . ت . م . ١ . ٢٧٩) واتبع نفس الحكم أيضا ولو أن هذا العثمانى (المصرى) كان قد تجنس بالجنسية الفرنسية دون أخـذ الاذن اللازم لذلك من الحكومة المصرية ٢٢ فبراير ١٩٢٢ . م . ت . م . ٢٤ . ١٥٣ . وهـذا القضاء سليم فى مؤداه لأن الجنسية علاقة بين الشخص والدولة ينظمها القانون العام فلا يسوغ للفرد أن يغير منها وفقا لرغباته وحده دون الاعتداد بقانون الدولة التابع لها وأخذا فقط بقانون دولته الجديدة الا أنه اذا كان الشخص الذى غـير جنسيته ينتسب فى الأصل لدولة أجنبية فيؤخذ بأحـكام قانون هذه الدولة الأجنبية لمعرفة ما اذا كان التغيير الحاصل مشروعا أو لا .

وجرى بعض الأحكام الأخرى على احترام الحالة الظاهرة ، أى أنها تسقط الجنسية المصرية عن الشخص حتى لو كان هناك تراض بين الحكومة المصرية والحكومة الأجنبية على أن يظل الشخص مصريا (راجع ٥ فبراير ١٩١٨ . م . ت . م . ٣٠ . ٢٠٤) ويؤخذ بهذا الرأى من باب أولى لو أن الحـكومة المصرية كانت قد عاملت هـذا الشخص باعتبار أنه أجنبي (راجع ١ ابريل ١٩٢١ . م . ت . م . ٣٣ . ٢٧٣ وكذلك ٧ يونيه ١٩٢٣ . جازيت ١٣ . ٢٠١) . وأساس الأخذ بهذا الرأى الرغبة فى المحافظة على الطمأنينة فى المعاملات ، ولـكن يترتب على الأخذ به سقوط الجنسية المصرية بمضى المدة وبوضع اليد على جنسية أجنبية (قارن ٣ يونيه ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٤١٤ وكذلك ٢٨ ابريل ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٣٦٦) .

على أن بعض الأحـكام الحديثة أجاز اثبـات الجنسية الأصلية وهدم القرينة القضائية presomptio juris التى تعتمد على القرينة الظاهرة ١٢ مايو ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٤١٩ وراجع أيضا ١٥ ديسمبر ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٨ . ١٢٥ حيث نجد تطبيقا لفقد الجنسية الأجنبية الأصلية بالحالة الظاهرة . وقارن بحث Martin « فى كتاب الجنسية » السابق الاشارة اليه ٣٣١ — ٣٤١ . ومع ذلك فقد حكم فى قضية « سلامه » ١٣ فبراير ١٩٣٤ جازيت . ٣٤ . ١٦٥ انه يؤخذ بالحالة الظاهرة لا كتساب الجنسية الأجنبية ولو كان الجد الأصلى قد اكتسبها عن طريق القيد غشا فى قنصلية أجنبية ، وعلى ذلك لا تصح المنازعة فيما بعد من جانب الأفراد بدعوى أن الشخص مصرى وأنه يعلم بحصول الغش فى القيد . ومعنى ذلك أن الحالة الظاهرة تزيل الغش الحاصل وتثبت الجنسية الأجنبية .

الرئيسية لاثبات الجنسية وقد قررهاصراحة التشريع الباجيكى الصادر سنة ١٩٢٦ اذ عول كثيرا على حق الدم ، لذلك لم يجد مناصا من تقرير هذه الوسيلة فى تشريعه بنص خاص [١] .

وكل ما تقدم لا ينفى مطلقا جواز تقديم أوراق أخرى كتقديم شهادة باستعمال حق الانتخاب . أو بسبق التوظف فى خدمة الحكومة ، وتصلح هذه الأوراق كقرائن فى الاثبات متروك تقديرها للمحاكم .

فاذا امتنع وزير الداخلية بغير حق عن اعطاء الشهادة لمستحقها ، جازت مقاضاته أمام المحاكم لدفع التعويض الناجم عن عدم اعتبار الطالب مصريا ، رغم استيفائه لكل الشروط القانونية التى تبيح له التمتع بالجنسية المصرية [٢] ، كما أنه يجوز التظلم من قراره أمام السلطات المختصة [٣] .

٤٨٢ — على أن هناك أحوالا أخرى يسهل فيها اثبات الجنسية المصرية ، وهى أحوال التجنس وما يلحق بها وقد ذكرت فى المواد ٣ ، ٤ ، ٧ ، ٨ ، ١٤ ، ١٦ ، وكذلك الأحوال التى تنظم فيها جنسية الأفراد بموجب معاهدة عقدتها مصر مع دولة أجنبية [٤] .

(ح) تنازع القوانين فى مسائل الجنسية

٤٨٣ — رأينا فيما تقدم أنه لا يمكن اعتبار شخص مصريا الا وفقا لأحكام قانون الجنسية المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٩ ولكن مع ذلك فقد يحدث عملا أن الشخص يعتبر مصريا وفقا لأحكام القانون المصرى السالف

---

(١) انظر نص المادة ٢٣ منه ومؤلف Poullet نبذة ٥١ هذا مع ملاحظة أن القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٢٧ لم يتعرض لمسألة اثبات الجنسية ، وانما يجيزون فى فرنسا رفع دعوى الجنسية بصفة أصلية فى مواجهة النيابة العمومية . قارن بحث Ancel المنشور فى مجلة القانون الدولى الخاص ١٩٣٢ . ٤٣٢ وما بعدها .

(٢) انظر قضية الست جاويدان السابق الاشارة اليها .

(٣) والمقصود بذلك مجلس الوزراء أو رئيس الدولة وفقا لأحكام الدستور .

(٤) انظر ١٧ ديسمبر ١٩٠٢ . م . ت . م . ١٥ . ١٥ وكذلك ٢٧ مايو ١٩٠٨ . م . ت . م . ٢٠ . ٢٥٩ وقد فسرا وطبقا اتفاقات دولية . قارن قبله ٦٦ — ٦٧ .

و يعتبر أجنبيا فى الوقت نفسه وفقا لقانون أجنبى آخر ، كما اذا ولد لمصرى ولد فى بلد يأخذ بمذهب حق الاقليم كأساس لاكتساب الجنسية الأصلية . فهذا الولد يصبح مصريا بفضل النسب وأجنبيا بفضل الاقليم (١) . وظاهر أن التنازع بين الجنسيتين هنا هو تنازع ايجابى .

ومن الجهة الأخرى يحصل أحيانا أن يترتب على تطبيق أحكام القانون المصرى مع غيره من القوانين الأجنبية أن شخصا معينا يصبح بلا جنسية ، كمن أسقطت عنه الجنسية المصرية لتوظفه لدى حكومة أجنبية مع أنه لم يكتسب مع ذلك جنسيتها وفقا لقانونها ، فمثل هذا الشخص يصبح مجردا عن الجنسية . وظاهر أن التنازع هنا سلبى .

٤٨٤ — ومن السهل أن نتصور وجود أمثلة كثيرة لهذين النوعين من

---

(١) ويحصل ذلك عملا اذا كان الولد قد ولد فى احدى جمهوريات أمريكا الجنوبية فهل يحق له اذا أتى الى مصر بعد ذلك أن يتمسك بجنسيته الأرجنتينية (مثلا) دون جنسيته المصرية . كما أنه يصح أن يتجنس أجنبى بالجنسية المصرية وفقا لأحكام المواد ٧ و ٨ و ٩ دون أن يتخلص من التزاماته أمام دولته الأصلية وفقا لأحكام قانونها ، فهل يحق لهذه الدولة وان كانت ممتازة أن تدعى بقاء جنسيته الأصلية فتصدر عليه حكما قنصليا ؟ ومن جهة أخرى اذا كان المصرى قد تجنس بجنسية أجنبية دون أخذ اذن من الحكومة المصرية فهل يصح له أن يتمسك بجنسيته الأجنبية وبزوال الجنسية المصرية أو يتمتع بالجنسيتين فى وقت واحد ؟ فى جميع هذه الصور نجد أن التنازع بين الجنسيتين ايجابى Conflit positif . قارن ارمنجون . المرجع السابق ١٥٩ وما بعدها . وسنرى أنه فى جميع هذه الأحوال يجب أن تسود الجنسية المصرية فى اقليمها فاذا كان الشخص المذكور فى الفروض السابقة موجودا فى مصر فيجب اعتباره مصريا من جانب جميع الهيئات القضائية والادارية . قارن Cogordan السابق الاشارة اليه ٦٨٦ و Weiss ١ . ٦٨٦ . والحكمة فى ذلك أن قانون الجنسية المصرية لا يتعرض للمعاهدات الخاصة بالامتيازات ، والفروض فى هذه الأخيرة أنها مقررة لنظام استثنائى فلا يمكن التوسع فيه الى حد انكار سلطة الدولة على رعاياها الأصليين وان تمكنوا من اكتساب جنسية أجنبية . وانظر أيضا Zeballos . ٣ . ٥٤٤ — ٥٦٩ وكذلك رسالة Edouard De Germiny فى «التنازع بين الجنسيات» باريس ١٩١٦ ودروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه ١٩٢٣ — ١٩٣٤ . ١٩ وما بعدها وبحث Maurice Gégout المنشور « فى كتاب الجنسية » السابق الاشارة اليه ٣٠٧ — ٣٢٩ .

التنازع اذا وقفنا على أسبابها . ومن أهم هذه الأسباب أن تتبع احدى دولتين ، بصفة مطلقة ، حق الدم وتتبع الأخرى حق الاقليم كأساس لاكتساب الجنسية الأصلية . فاذا كانت دولة « ا » قد أخـذت بحق الدم فقط . فانه اذا ولد ولد لأحد رعاياها على أراضى دولة « ب » التى اتبعت حق الاقليم فقط فان هذا الولد يصبح وله جنسيتان . وعلى العكس من ذلك اذا ولد لأحـد رعايا دولة « ب » ولد على أراضى دولة « ا » فان هذا الولد يصبح بلا جنسية . والواقع أن التنازع بين الجنسيات أمر كثير الحصول نظرا لاختلاف شروط التجنس واكتسـاب الجنسية بطريق الزواج . . الخ .

٤٨٥ — والتنازع بين الجنسيات قديم [١] ، ولقد حاولت الدول تفاديه عن طريق عقد الاتفاقات [٢] ، فنجحت الدول الامريكية فى سن بعض قواعد منظمة بشأنه فى مجموعة Bustamante سنة ١٩٢٨ . كما عقدت الدول الأوروبية مؤتمرا فى لاهاى سـنة ١٩٣٠ انتهى بوضع اتفاق سأشرح قواعده الأساسية حالا . وبجانب هذه الاتفاقات الجمعية توجد أيضا الاتفاقات الثنائية التى عقدتها مصر مع بعض الدول الأجنبيـة . على أنه رغم الاتفاقات السالفة فان أحوال التنازع بين الجنسـيات كثيرة . وآية ذلك ما تحويه مجلات الأحكام فى مصر من صورها المختلفة [٣] .

٤٨٦ — فاذا وقع تنـازع بين الجنسيات ورفع أمره الى القضاء وجب عليـه الفصل فيه ، ولـكنه وفقا لأى قواعد ؟ من المقرر هنـا وجوب التمييز

---

(١) وكما ينصرف التنازع للأشخاص الذاتيين ينصرف أيضا للأشخاص المعنويين انظر بعده . على أن التنازع السالف فى شكله الهام ظهر فى القرن التاسع عشر .

(٢) وعلة ذلك أنه ثبت جليا صعوبة القضاء عليه عن طريق التشريعات الوطنية وحدها بأن يستلزم مثلا من الأجنبي طالب التجنس أن يتنازل عن جنسيته القديمـة صراحة ، أو لمن اكتسب جنسيتين أن يختار احداهما بموجب اقرار صريح منه . فكل الوسـائل الواقية من التنازع لم تفلح فى العمل ، ولذا كان من الأوفق الركون الى طريق الاتفاقات الدولية .

(٣) راجع Messina . ١ . ٣٥٢ وما بعدها .

بين التنازع الايجابى والتنازع السلبى وسنبحث كل حالة على حدة .

١ — حالة التنازع الايجابى : اذا كان التنازع ايجابيا ، فاما أن يعرض التنازع أمام محكمة فى مصر أو محكمة فى الخارج سواء كانت محكمة دولية أو محكمة دولة ثالثة [١] . فاذا عرض النزاع أمام محكمة فى مصر سواء كانت هذه المحكمة مصرية بحتة (أهلية) أو مختلطة أو قنصلية [٢] وكانت الجنسية المصرية احدى الجنسيات المتنازعة وجب عليها أن تطبق قانون الجنسية المصرى . وهذا المبدأ متفق عليه لأنه يجب أن تسود جنسية الاقليم فيه [٣] ، وقد اتبع هذا المبدأ فى مؤتمر لاهاى سنة ١٩٣٠ (المادة الثالثة من الاتفاقية) .

هذا وقد جرت المحاكم المختلطة فى أول الأمر على ايقاف الفصل فى النزاع الأصلى الى حين الفصل فى مسألة الجنسية ، وذلك بدعوى أن التنازع هنا سياسى ولكنها عدلت عن هذا الرأى فى الكثير من أحكامها لادراكها بعد ذلك أن النزاع لا يكون سياسيا الا اذا كان بين حكومتين أما هنا فالنزاع بين أفراد [٤] .

---

(١) أو أمام محكمين يجلسون فى الخارج .

(٢) وذلك لأن المحاكم القنصلية انما تباشر سلطانها بناء على تفويض من الحاكم الشرعى فى البلاد .

(٣) انظر Weiss . ١ . ٣٠٥ و Cogordan . ٤٧٤ وقد اعترض على الرأى بدعوى أن الجنسية ليست دائمة بل يصح تغييرها ، وأن من الأولى الركون الى الجنسية الفعلية التى عاش الشخص فى كنفها . انظر رسالة De Germiny السابق الاشارة اليها ٢٨٠ ولكن الراجح هو اتباع الرأى الوارد فى الصلب لأنه لا يمكن للقاضى الوطنى أن يخالف أحكام شريعته الأساسية فى مسألة داخلة فى نطاق القانون العام وتتصل كثيرا بالنظام العام فى الدولة . وقد أيد الأستاذ Arminjon الأخذ بهذا الرأى فى مصر ١٦٩ — ١٧١ وراجع أبو هيف بك ١٣٤ — ١٣٥ حيث يقرر أن القناصل انما يستعملون سلطتهم فى البلاد العثمانية بمقتضى تسامح من السلطة المحلية ولذلك يجب عليهم أن يحترموا قوانين تلك السلطة ما دامت لا تتعارض مع امتيازاتهم . قارن بما سبق أن قلناه بشأن مسلك المحاكم المختلطة بشأن الحالة الظاهرة .

(٤) واعتبرت المحاكم المختلطة أن النزاع يعتبر سياسيا اذا كان حاصلا بين حكومات أى أن الحكومة تؤيد مصرية أحد طرفى النزاع بينما تدعى احدى القنصليات بأنه ضمن رعاياها (١٨ أبريل ١٩٠٩ . م . ت . م . ٢١ . ٢٩٤) أما بالنسبة لتقرير الايقاف أولا فان قضاءها=

وكذلك دفع أمام هذه المحاكم بعدم اختصاصها بنظر مسائل الجنسية لأن الجنسية متعلقة بالأحوال الشخصية وليس للمحاكم المختلطة أن تحكم فى هـذه المسائل ، وهذا الدفع مردود بأن الجنسية وان تعلقت بالحالة الا أنها ليست متعلقة بالأحوال العائلية status familie التى يقصـدها المشرع المصرى . كما أن الجنسية فى

= مختلف ، فيرى بعض المحـاكم ضرورة الايقاف لحين حل التنازع بالطرق السياسية (١٢ مايو ١٩٢٥ . م ت . م . ٣٧ . ٤١٩) وقضى هـذا الحكم بأن الاتفاق بين الحكومتين قاطع للنزاع وفاصل فيه . ولـكن مع ذلك فمن أنصـار الايقاف من يرى ادخال بعض قيود عليه وذلك عن طريق تحـديد مدة للفصل فى النزاع بالطرق السياسية حتى اذا انقضت استرد القضاء حقه فى الفصل فيه ، كما أنه لا محل للايقاف فى حالات الاستعجال أو فى المسائل الوقتية كل هذا اذا كان النزاع السياسى ظاهرا والا لا يؤخذ بالحلول السابقة اذا كان الأمر لم يتجاوز المخاطبات السياسية العادية (انظر ١١ فبراير ١٩٠٣ . م . ت . م . ١٥ . ١٤٢) . وقد حكم تطبيقا على ذلك أن الشهادة الصـادرة من الحكومة المصرية والتى ورد فيها أن شخصا معينا معروف أنه مصرى لا تفيد وجود التنازع السياسى (انظر ٨ ابريل ١٩٠٩ . م . ت . م . ٢١ . ٢٩٤ السابق الاشارة اليه) . ولا شك أنه فى حالة عدم اتفاق الحكومتين لا بد من الفصل فى مسألة الجنسية بالطريق القضائى (انظر ٨ مارس ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٣١١) .

ويرى البعض الآخر من الأحكام أن لا محل للايقاف وحجته أن مسألة الجنسية مسألة فرعية يتوقف على الفصل فيها القضاء فى مسائل الحالة والأهلية وهى من اختصاص القضاء العادى ، ولا يوجد هنـاك نص مانع للمحاكم من الفصل فى التنازع بين الجنسيات وبخاصة لأن الايقاف قد يترتب عليـه فى بعض الأحيان انكار للعـدالة (انظر ١١ يونيه ١٩١٣ . م . ت . م . ٢٥ . ٤٤٣) .

وقد اختلف على قيمة الاتفاق السياسى لحل تنازع الجنسية ، فقيل انه قاطع فى النزاع ، وقيل أنه مجرد قرينة يصح أن يأخذ بها القضاء (٢٥ فبراير ١٩١٤ . م . ت . م . ٢٦ . ٢٤٨ و ٢١ يناير ١٩٢٥ . جازيت . ١٦ . ١٥٣) .

ويرى الأسـتاذ Messina وجوب التفرقة بين الاتفاقات الـكاشفة للجنسية فلا تعتبر حجة مطلقة بمـا قررته بخلاف الاتفاقات المنشئة للجنسية وهى التى تنظم جنسية السكان فى البـلاد المنضمة (اتفاقية جغبوب) فانها تكون ملزمة بمـا قضت به .

ويلاحظ أن من مقتضى الرأى الذى يبيح للقضـاء عدم التقيد بالاتفاق الحـاصل بين الحـكومتين الاعتراف للفرد بحق شخصى فى جنسيته . قارن قبله . ٤٦٦ .

مصر هي الأساس الذى يرجع اليه فى توزيع اختصاص الهيئات القضائية ومنها محاكم الأحوال الشخصية ، فلكى تعتبر هذه المحاكم نفسها مختصة بنظر نزاع معين يجب عليها أن تتأكد أولا من جنسية الطرفين وأن تفصل فى مسألة الجنسية اذا وجد نزاع بشأنها [1] . أما اذا كان النزاع منصبا بصفة أصلية على مسألة من مسائل الجنسية فيرى البعض أنه ليس من الممكن رفعه أمام محاكم الأحوال الشخصية بل يجب رفعه أمام المحاكم المختلطة وحدها لأنها هى المختصة بنظره دون غيرها [2] وعلى أية الأحوال فان مجلات الأحكام خالية ، بحسب ما نعلم ،من أى حكم فى هذا الشأن .

أما اذا عرض هذا التنازع أمام محكمة أجنبية أو دولية فمن المتعارف عليه فى هذا الصدد أن تعتمد هذه المحاكم الجنسية الفعلية [3] لهذا الشخص ، أى الجنسية التى عاش فى كنفها ، كما اذا كان قد استعمل حقوقه السياسية باضطراد فى احدى الدولتين دون الأخرى ، فان ذلك ينهض دليلا على تفضيله تلك الجنسية وتعلقه بها . وعلى هذا يكون التقدير هنا موضوعيا موكولا لفطنة القضاء، ومرجعه عوامل متعددة كالتوظف ، والتوطن ، والخدمة العسكرية . والرأى الذى يقول بالجنسية الفعلية هو رأى وسط بين آراء أخرى متعددة ، اذ قال

---

(١) فانتهت المحاكم المختلطة الى أن الجنسية ليست ضمن المسائل الوارد بشأنها الايقاف فى المادة ٤ . م . م (١٢ مايو ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٤١٩ وكذلك ١٥ ديسمبر ١٩٢٥ . م . ت . م ٣٨ . ١٢٦) .

(٢) ويظهر أن لنظرية الصالح المختلط هنا دخلا . قارن Messina . المرجع السابق .

(٣) ويرى آخرون ترتيب الآثار المناسبة لكل من الجنسيتين ! ! كما اقترح اتباع مقتضيات السياسة ولكن يظهر أن الراجح هنا أيضا هو اتباع مبدأ الجنسية الفعلية la nationalité vécue ou de fait . وهذا ما قررته اتفاقية لاهاى ١٩٣٠ فى المادة الخامسة . فالمسأله موضوعية محلها الوقائع التى يعتمد عليها فى ترجيح احدى الجنسيتين على الأخرى . قارن بحث Gégout السابق الاشارة اليه ٣٢٦ — ٣٢٨ . وقارن مع ذلك Weiss . ١ . ٣٢٧ و Pillet . ١ . نبذة ١٢٦ .

البعض بضرورة امتناع محكمة الدولة الثالثة عن الحكم ، وترك الأمر للدولتين فتحله بالطرق السياسية . وقال آخرون بالركون الى ارادة الشخص نفسه واختياره الصريح [1] ، على أنه فى الأحوال التى رفع فيها التنازع أمام محكمة دولية اتبع مبدأ الجنسية الفعلية كما حصل ذلك فى حكم محكمة التحكيم بلاهاى فى قضية شهيرة تعرف باسم قضية Canavero . وتتلخص ظروف هذه القضية فى أن شخصا يدعى روفائيل كانافرو ولد فى بيرو من والد ايطالى ، فوفقا لتشريع بيرو ، الذى يتبع مذهب حق الاقليم ، يكتسب هذا الشخص الجنسية البيروئية ومع ذلك فانه يعتبر ايطاليا وفقا للتشريع الايطالى الذى يتبع مذهب حق الدم ، فعند ما حصل التنازع بشأن جنسيته بين الحكومتين ، وكان ذلك بمناسبة ضريبة أرادت حكومة بيرو تحصيلها من Canavero ، استعان هذا الأخير بالحكومة الايطالية للتمسك به كأجنبى كى يتهرب من بعض الالتزامات المالية ، فرفع الأمر الى محكمة التحكيم التى اعتبرته بيروئيا لأنه مارس حقوقه السياسية فى بيرو اذ رشح عضوا فى مجلس شيوخها [2] .

والتنازع السالف حاصل بين جنسيتين أصليتين ومع ذلك من المتصور أن يقوم النزاع بين جنسية سابقة وأخرى مكتسبة عن طريق التجنس ، كما حصل ذلك فى قضية الأميرة de Bauffremont اذ كانت فرنسية ثم تجنست بجنسية احدى

---

(١) والحكم صادر فى ٣ مايو ١٩١٢ ومنشور فى المجلة مع تعليق الأستاذ De Lapradelle ١٩١٢ . ٣٣١ وما بعدها . وظاهر أن فى اتباع القضاة الدوليين لمذهب الجنسية الفعلية nationalité effective لتحديد الجنسية التى يجب أن يتصف بها هذا الشخص المختلط الجنسية Sujet mixte ، مخالفة ظاهرة لما يتبعه القضاة الوطنيون فى حل هذا النوع من التنازع . وحكمة الاختلاف ظاهرة فى أن القضاة الدوليين غير مقيدين بما يتبعه القضاة الوطنيون . قارن بحث Gégout السابق الاشارة اليه ٣٢٤ وكذلك رسالة De Germiny السابق الاشارة اليها ٢٨٤ — ٣٠٣ .

(٢) وكان قنصلا للبلاد الواطئة فيها بعد طلبه ترخيصا من حكومة بيرو . وقد اتبع مبدأ الجنسية الفعلية أيضا فى قضية السيدة Montfort . وقد صدر الحكم من محكمة التحكيم المختلطة الفرنسية الألمانية فى ١٠ يوليه ١٩٢٦ . سيرى ١٩٢٨ . ٢ . ٤٩ .

الولايات الألمانية كى تحصل على طلاقها من زوجها رغبة فى زواجها من أمير رومانى يدعى Bibesco . فلما عرض التنازع بين الجنسيتين الفرنسية والألمانية على محاكم بلچيكا ، لم تطبق الأخيرة مبدأ الجنسية الفعلية اذ رأت أن تطبيقه مقيد بأن يكون اكتساب الجنسية اللاحقة قد تم لمصلحة شخص أهل لاكتسابها حسب قانون أحواله الشخصية الأصلى . ولما كان القانون الفرنسى يقول بنقص أهلية المرأة المتزوجة ، كان من الضرورى أن تحصل على اذن من زوجها ، ولذلك قضى فى النهاية باعتبارها فرنسية [١] .

ويظهر أن الشك قد أخذ يتطرق الى مبدأ الجنسية الفعلية ؛ وأشار الى ذلك حكم محكمة التحكيم الدولية بين مصر والولايات المتحدة بمناسبة قضية جورج سالم [٢] ، اذ تمسكت به كل من الدولتين كأحد رعاياها ودفع محامى الحكومة المصرية بمبدأ الجنسية الفعلية تأييدا لادعائها بأن « سالم » ايرانى ولكن رفضت المحكمة الأخذ بهذا المبدأ ورجعت الى مؤلف E. Borchard, The diplomatic protection of Citizens abroad. P. 888.
ومع ذلك فان هذا المبدأ قد صادف نجاحا كبيرا أمام المحاكم المختلطة فى مصر ، كما أيده الأستاذ Arminjon فى كتاباته .

ب — حالة التنازع السلبى : وقد يبدو غريبا بحث هذه الحالة وحلها ما دام الحاصل أنه لا يوجد تنازع فعلى بين القوانين ، اذ المفروض أن كلا منها ليس له مصلحة فى اعتبار شخص معين ضمن رعاياه . فهناك شخص عديم الجنسية لسبب ما ، كما لو كانت له جنسية اقليم معين ثم أسقطت عنه أو فقدها

---

(١) أى أن ناقصى الأهلية لا يجوز لهم الانتفاع من مبدأ الجنسية الفعلية . ولكن ألا يمكن القول بأن اذن الزوج هذا مسألة متعلقة بالأهلية الخاصة دون الأهلية المتعلقة بالقانون العام ؟

(٢) والحكم منشور فى مجلة القانون الدولى ١٩٣٣ . ٧٨٧ — ٧٩٤ ومقال Arminjon فى المجلة ١٩٣٣ . ٧٨٥ .

سبب من الأسباب أو لم يتمتع منذ ولادته بجنسية مطلقا [١] . فاذا عرض أمر هذا الشخص على القاضى الوطنى فماذا يفعل ؟ لا جدال فى أنه اذا طبق القاضى قانونه الوطنى ، فان هذا القانون لن يسمح باعتبار هذا الشخص ضمن المواطنين وكذلك تكون الحال اذا ما طبق قانونا أجنبيا يمكن أن يدعى الشخص الالتجاء اليه فان هذا القانون يتخلى عنه ، فلا يمكن للقاضى الوطنى أن يعتبر لهذا الشخص جنسية أجنبية معينة . فكيف يقضى فى علائق هـذا الشخص وعلى الأخص ما تعلق منها بالأحوال الشخصية [٢] ؟

لا شك أنه لا يمكن هنا القول باخضـاع الحالة الشخصية لحكم قانون الجنسية ما دام هـذا القانون غير معروف ، ولذا جرى العرف فى أغلب الدول المتمدينة على تطبيق قانون الموطن حتى اذا انعدم طبق قانون محل الاقامة المعتاد . ويظهر أن العلة فى القول بأحد هذين القانونين ترجع الى أنه توجد هنالك علاقة

---

(١) كأولاد الروس البيض والمهاجرين الأرمن . هذا اذا لم يكتسبوا جنسية الأقليم الذى يولدون فيه وهو ما يحصل غالبا . وعلى العموم ، فانه معترف الآن بحالة اللاجنسية باعتبار أنها حالة شرعية statut légal . وقد كثر عدد من لا جنسية لهم على أثر تطبيق معـاهدات الصلح الأخيرة . راجع موسوعة القانون الدولى . ٨ . كلمة Heimatlosat ورسالة André Colanéri فى حالة عديمى الجنسية . باريس ١٩٣٢ . ٢٥ — ٦٩ . والواقع أن هؤلاء الأشخاص فى مركز سيىء رغم عدم تحملهم بأعبـاء الخدمة العسكرية ، اذ تسرى فى مواجهـاتهم جميع الاجراءات الأخرى الخاصة بالابعاد والترحيل ، والضرائب علاوة على المضايقات الخاصة بمعرفة القانون الذى يحكم أحوالهم الشخصية على وجه الضبط . وقد صدر عدة تشريعات فى فرنسـا لتنظيم حالة هؤلاء الأشخاص . أما فى مصر فيظهر أن الحاجة ليست ماسة لمثل هذه التشريعات الخاصة ولو أن المسـألة قد أثارت بعض صعوبات فى العمل . قارن رسالة Colanéri . ٧١ . وما بعدها . ولـما كان لا مناص من وجود حالة اللاجنسية فكل ما يمكن عمله فى هذا الصدد هو محاولة حصر هـذه الحالات فى أقل عدد ممكن ، هـذا من جهة ومن جهة أخرى تنظيم المركز القانونى لهؤلاء الأشخاص وبخاصة من يستقر منهم فى بلد معين .

(٢) على أنه اذا عرضت هـذه المسألة أمام قاض دولى فانه لا يتقيد بالنصوص الوطنية بل يصح أن يعتبر أن لهذا الشخص الجنسية التى عاش فى ظلالهـا . قارن مقال Gégout السـابق الاشارة اليه ٣٢١ .

فعلية بين الأشخاص عديمى الجنسية والجهة التى يتوطنون أو يقيمون فيها ، وأنه لا بد من ترتب آثار على هذه العلاقة .

واذا ما أردنا أن نأخذ بالحل السابق فى مصر نجد أنفسنا أمام صعوبة جديرة بالاعتبار ومؤداها أنه لا يوجد لدينا قانون واحد فى مسائل الأحوال الشخصية . ولكن يظهر أن هذه الصعوبة قد ذللت بفضل المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ (المادة ١٦ منه [١]) الصادر فى غيبة البرلمان .

ومن المسائل الجديرة بالبحث هنا لتعلقها بالتنازع السلبى ، معرفة حدود العلاقة التى يمكن أن توجد بين هذا النوع من التنازع والقرينة الواردة فى المادة ٢٢ من قانون الجنسية المصرى ومؤداها كما رأينا أن كل شخص يسكن الأراضى المصرية يعتبر مصريا . فلو أخذنا بهذه القرينة على ظاهرها لانتهينا الى القضاء على كل تنازع سلبى واعتبار هؤلاء الأشخاص فى حكم المصريين ، وعندئذ لا تكون هذه القرينة سلبية كما أوضحنا بل تكون ايجابية يترتب عليها منح الجنسية المصرية حتى لأولئك الأشخاص الذين سحبت منهم أو أسقط حقهم فيها لسبب من الأسباب المذكورة فى القانون . ولا شك فى أن خطورة هذه النتائج وحدها تصلح سببا كافيا لاستبعاد هذا الرأى واعتبار أن القرينة الواردة فى المادة ٢٢ بعيدة كل البعد عن التنازع السلبى فى الجنسية ، وأنها مقررة بقصد الفصل فى جنسية المصريين المشكوك فى انتسابهم الى جنسية أجنبية فيعتبرون ضمن المواطنين فى نظر القانون المصرى [٢] فلا يمكن تطبيقها

---

(١) وهاك نصها « اذا كان النزاع بين مصريين غير مسلمين تطبق المحاكم المصرية القانون الذى سيصدر بعد فى هذا الشأن — اذا كان النزاع بين خصوم غير مصريين تطبق المحاكم قانون الأحوال الشخصية الذى يتبعه الزوجان ، فان اختلف الزوجان جنسية أو دينا يطبق قانون الزوج واذا قام النزاع على تركة يطبق قانون حق المورث » . والفقرة الثانية هى الواجبة التطبيق ، ولكن لما كان هؤلاء الأشخاص بلا جنسية يجرى عليهم حكم الفقرة الأولى .

(٢) قارن أرمنجون . المرجع السابق . ١٣٦ حيث أشار الى لائحة ١٧ يوليه ١٨٦٩ الخاصة بتنفيذ القانون العثمانى .

اذن بالنسبة للمصريين الذين ثبت فقدهم للجنسية المصرية ولا للأجانب الذين كانوا متمتعين بجنسية أجنبية وثبت فقدهم لهذه الجنسية دون اكتسابهم للجنسية المصرية بسبب من الأسباب غير المباشرة المعروفة فى القانون المصرى . ونذكر بهذه المناسبة أن بعض الدول تجرى على التساهل فى منح جنسيتها للأشخاص عديمى الجنسية الذين يقيمون على أراضيها .

ويتبين مما تقدم أن مؤدى حالة التنازع السلبى فى الجنسية هو أن يوجد شخص بغير جنسية أصلا ، ولذا يصعب القول بوجود تنازع بالمعنى الدقيق اذ المفروض أن جميع التشريعات قد تخلت عن هذا الشخص الذى يريد الاحتماء فى احداها سواء أكان هذا التشريع هو تشريع جنسيته الأصلية أم جنسية البلد الذى توطن أو يقيم فيه .

ونطاق الصعوبات السالفة علائق القانون الخاص أما فى علائق القانون العام التى مبناها السيادة والسلطان فان عديمى الجنسية كالأجانب تماما يخضعون لها ولا محل هنا للاحتماء بجنسية أجنبية زالت أو كانت موجودة ما دامت الدولة صاحبة السلطان لم تتجاوز حقوقها الدولية أو حقوقها المقررة بمقتضى المعاهدات [1] .

والواقع أن حالة اللاجنسية ذات ضرر شامل بالنسبة لهؤلاء الأشخاص

---

(١) وقد أثار تطبيق هـذه المبادىء بعض الصعوبة فى مصر بالنسبة لوجود الامتيازات الأجنبية اذ حصل أن شخصا يدعى انطونيو ماجرى (مالطى الأصل وانجليزى الجنسية) ارتكب سرقة مع آخرين ، فتخلت عنه القنصلية البريطانية رغم اعترافها بجنسيته الأجنبية أى انها حرمته من الآثار المترتبة على جنسيته ، فأمام أية جهة يحاكم هـذا الشخص ؟ قضت المحاكم الأهلية بحقها فى محاكمته (حكم استئناف أهلى ٦ مارس ١٩٠٠) وقد انتقد الأستاذ أرمنجون « المرجع السابق ١٥٠ » هذا الحكم لأن مبناه أن الشخص غير متمتع بالامتيازات الأجنبية . ولو أن هذه الجنسية ما زالت باقية له . وارتأى المرحوم أبو هيف بك الرجوع الى القرينة الواردة فى المادة ٢٢ . وظاهر أنه لا محل لها هنا . وعندنا أن حكم المحكمة صحيح فيما ذهب اليه لأن حرمان هذا الشخص من التمتع بالامتيازات يترتب عليه وجوب تطبيق قانون العقوبات الاقليمى عليه رغم جنسيته الانجليزية لأننا هنا فى نطاق القانون العام ، والقانون المصرى هو الأصل وما عداه استثناء .

و بالنسبة للدول التى يقيمون فيها ، لذلك كان من المصلحة القضاء عليها . ولكن رغم المحاولات التى يقوم بهـا المشرعون فى الداخل [1] فان حلها النهائى انمـا هو فى الاتفاقات الدولية التى يجب أن تنتهى بتوحيد القواعد العامة فى مسائل الجنسية [2] . ولكن يظهر أن هذا التوحيد متعذر فى الوقت الحاضر وسنبين ذلك جليا عند الكلام فى نتائج مؤتمر الجنسية الذى انعقد بلاهاى سنة ١٩٣٠ .

ولقد حاول رجال الفقه من الجهة الأخرى أن يعالجوا حالة اللاجنسية فقال بعضهم بضرورة تطبيق قانون موطن الشخص المختار ؛ وقال آخرون ببقاء الجنسية الأصلية على حالها رغم الاسقاط الحاصل . ولم تتجاوز هـذه الآراء مؤلفات أصحابها اذا لم تطبق عملا بصفة عالمية .

(ط) الاتفاقات بشأن الجنسية

٤٨٧ — لما كانت مسائل تنازع الجنسيات على وجهيها الايجابى والسلبى متكررة فى العمل ، وينجم عنها عادة متاعب وأضرار كثيرة ، كان من اللازم حلها وعلاجها عن طريق الاتفاقات الدولية ، بعد الفشل فى منعها عن طريق التشريعات الداخلية وحدها . وأهم الاتفاقات الجمعية فى هذا الصدد الاتفاق الوارد فى مجموعة Bustamante سنة ١٩٢٨ . وهذه المجموعة نافذة اليوم فى اثنتى عشرة دولة من دول أمريكا الجنوبية ، ولمـا كانت أهميتها العملية لا تتجاوز الدول الموقعة عليها لذلك نترك تفاصيل ما أوردته [3] .

---

(١) وقد أشرنا فى مواطن متعددة الى مقدار تحرز المشرع المصرى ضد هذا المركز .

(٢) على أن هذا التوحيد لا يصلح علاجا تاما كما أثبته العمل .

(٣) والمواد الخـاصة بتنازع الجنسيات هى ٩ — ١٥ وقد عنى المشرع هنـا ببيان التشريع الذى يرجع اليه فى حكم الجنسية عند التنازع لا بيان جنسية الفرد مباشرة . كما أنه فرق بين حالتى عرض النزاع أمام محـاكم احدى الدول التى تتنازع جنسيتها مع جنسية دولة أخرى أو أمام محكمة دولة ثالثة . راجع دروس Lévy-Ullmann الدكتوراه . ١٩٣٤ . ٣٤ وما بعدها ومؤلف Bustamante نفسه . ١ . ٣٨٤ وما بعدها .

٤٨٨ — وننتقل الآن الى الكلام عن مؤتمر لاهاى الذى عقد تحت اشراف عصبة الأمم فى مارس سنة ١٩٣٠ (١) . وقدحضره مندوبو ٤٨ دولة منها مصر . وانتهى هذا المؤتمر الى اتفاق بشأن الجنسية المزدوجة أو بعبارة أخرى بشأن كيفية حل التنازع الايجابى للجنسية . وأضيف الى هذا الاتفاق بروتوكول خاص بتأدية الخدمة العسكرية فى حالة الجنسية المزدوجة كما أنه اتفق على بروتوكولين آخرين بشأن اللاجنسية .

٤٨٩ — ويسبق هذا الاتفاق والبروتوكولات مقدمة طويلة عامة العبارات أريد بها بيان أهمية الاتفاق وضرورة الأخذ بالمبدأ الذى يقول بأن كل شخص لا بد أن يتمتع بجنسية وأن هذه الجنسية واحدة لا تتعدد ، والمبدأ الثانى كما هو ظاهر مكمل للمبدأ الأول (٢) .

أما المواد الموضوعية فهى فى مجموعها ٢٣ مادة موزعة على الوجه الآتى : ١٧ صلب الاتفاق ٣ فى بروتوكول الخدمة العسكرية ومادة فى كل من بروتوكولى اللاجنسية ، والمادة الثالثة والعشرون خاصة بالتصديق على الاتفاق .

ومواد الاتفاق موزعة على الوجه الآتى : أما المادة الأولى فتكلمت عن حرية كل دولة فى التشريع فى مسائل الجنسية . وظاهر أن مضمون هذه المادة يهدم كل أمل فى الاتفاق ، لأن أساس هذا الاتفاق هو وجود الاختلافات بين

---

(١) ولم يعرض شىء جديد أمام هذا المؤتمر اذ ما بحثه من مسائل كان قد قتل بحثا فى المعاهد الدولية والمؤتمرات السابقة وآخرها مؤتمر استوكهولم ١٩٢٨ . راجع فى الموازنة بين مجموعة Bustamante وما انتهى اليه مؤتمر لاهاى السابق مذكرات Lévy-Ullmann المرجع السابق ٤٤ وما بعدها . مع ملاحظة أن نصوص اتفاقية لاهاى وملحقاتها فى المجلة ١٩٣٠ . ٣٣٧ وما بعدها . وانظر موسوعة القانون الدولى . ٩ . ٣٠٨ — ٣١٩ ومقال Van Hutte فى مجلة القانون الدولى والتشريع المقارن الفرنسية ١٩٣١ . ٣ . ١٠٣ وما بعدها وبحث Kosters فى المجلة ١٩٣٠ . ٤١٣ — ٤٤٣ و ٥٩٩ — ٦٢٠ وبحث Gordon فى كتاب الجنسية السابق الاشارة اليه ١١٤ — ١١٨ .

(٢) أى أنه لا يقصد بالاتفاق وضع تشريع دولى قارن قبله ٦١ ومقال Gordon ١١٤ وموسوعة القانون الدولى تحت كلمة Codification .

التشريعات المختلفة ، وأوردت المادة نفسها قيدا على المبدأ فاشترطت عدم مخالفة الاتفاقات والعادات الدولية وكذلك المبادىء المقر عليها فى مسائل الجنسية . وهذا القيد وان كان صريحا بالنسبة للاتفاقات الدولية الا أنه غامض فى باقيه ولم يتيسر الاتفاق مطلقا على تحديد هذه العادات ولا المبادىء العامة رغم مجهودات اللجنة التى رأسها الأستاذ Basdevant أستاذ القانون الدولى العام بجامعة باريس ومندوب فرنسا فى عصبة الأمم . ونظمت المواد ٢ — ٦ حل تنازع الجنسيات(١) فأخذت بضرورة التفرقة التى تقوم على معرفة ما اذا كان النزاع قد عرض على محكمة أحد القوانين المتنازعة أو محكمة أخرى ففى الحالة الأولى يطبق قانون القاضى ، أما فى الحالة الثانية فيؤخذ بالجنسية الفعلية وبخاصة اذا صحبها اختيار صريح من جانب الشخص وتنازل من جهته عن الجنسية أو الجنسيات الأخرى بشروط مخصوصة . وتكلمت المادة ٧ عند الاذن بالتجنس وان نفاذه نهائيا مشروط باكتساب الشخص جنسية جديدة ، وخصصت المواد ٨ — ١٠ لاكتساب المرأة لجنسية زوجها ، فلم تجز ضياع الجنسية الأصلية الا بعد اكتساب جنسية الزوج ورأينا أن هذا المبدأ قد أخذ به المشرع المصرى . وتكلمت المادتان ١١ و ١٢ عن حالة الأولاد القصر فانهم لا يفقدون جنسيتهم الأصلية الا بعد اكتسابهم لجنسية والدهم المتجنس . واعترفت المواد ١٣ — ١٥ بجنسية الاقليم للأولاد اللقطاء ، وأولاد الآباء المجهولين ، أو مجهولى الجنسية أو الذين لاجنسية لهم ، ورأينا أن التشريع المصرى أتى مقصورا على النوعين الأولين وأهمل النوعين السالفين . كما أنه قد أتت فى المادتين ١٦ و ١٧ أحكام خاصة بالبنوة الطبيعية والتبنى .

وقررت الثلاث مواد الخاصة بپروتوكول الخدمة العسكرية أن الشخص

---

(١) وقد اتبع هذا الاتفاق وسبلق التوحيد التى أشرنا اليهما فى ٦١ — ٦٢ من هذا الكتاب .

ملزم بتـأدية هذه الخدمة فى بلد جنسـيته الفعلية ، وله حرية القيام بها فى البلد الآخر .

وأما پرتوكول اللاجنسية الأول ، فبمقتضاه تلزم الدولة التى كان الشخص تابعا لها بأن تستلمه فيقيم فى اقليمهـا على أن تدفع مصاريف العناية به ونقله من اقليم الدولة الأخرى ، ولا يكون ذلك الا اذا كان هذا اللاجىء فقيرا ، كما تلزم دولته الأصلية أيضا باسـتلامه اذا كان قد ارتـكب على أرض الدولة الأخرى جريمة حكم عليه من أجلها بالحبس مدة سنة على الأقل . هذا وقد رفضت فرنسا توقيع هذا البروتوكول لأنها ضمن الدول التى تأخذ بمبدأ اسقاط الجنسية فلا تريد أن تلتزم باستلام شخص لا ترغب فيه ، ومع ذلك فقد وافقت عليه مصر مع أنها تأخذ بنفس المبدأ . ويتضمن البروتوكول الثـانى حالة الولد الذى يولد من أب لا جنسية له أو مجهول الجنسية ، ومن أم لها جنسية البلد الذى ولد فيه ذلك الولد اذا كان هـذا البلد يعترف فقط بحق الدم وبالنسب من جهة الوالد كأسـاس للجنسية ، ففى هذه الأحوال كلها يعطى للولد جنسية أمه بدلا من جنسية الاقليم كما تجرى على ذلك أغلب التشريعات .

وظاهر أن الحالة المنصوص عليها فى هذه البروتوكول تقرب بعض الشىء من النصوص المصرية اذ أن هذه النصوص كما بيناه من قبل تجعل اكتسـاب الجنسية المصرية الأصلية معقودا بالنسب من الأب ، ومن الأم فى حالة واحدة وهى حالة عدم ثبوت نسب الولد من أبيه (١) .

٤٩٠ — هذه هى النتائج التى انتهى اليها مؤتمر لاهاى سنة ١٩٣٠ ، فما هو حظها فى التنفيذ ؟ من المفروض أن هذه النتائج لا ترى التنفيذ الا اذا أقرتها

---

(١) أما اذا كان الأب لا جنسية له أو مجهول الجنسية فان الولد يصبح بلا جنسية وذلك مع مراعاة القرينة القانونية الواردة فى المادة ٢٢ وقد ورد فى المذكرة التفسيرية فى هذا الصدد ، أى بالنسبة لاغفال النص على مجهولى الجنسية ان العلة ترجع لوجود المادة السالفة . انظر قبله ٤٨٥ — ٤٨٧ .

عشر دول على الأقل من ثمان وأربعين [(١)] ؛ ومع ذلك فان الدول المصدقة لم تتجاوز الثلاث وهى البرازيل (وكان تصديقها مصحوبا بتحفظات) والنرويج وامارة موناكو ! ! وهكذا تبددت كل الأحلام الجميلة التى عقدت على هذا المؤتمر وباء المؤتمرون بوثيقة لا تتعدى فى قيمتها أكثر من أنها ثمرة لمجهوداتهم وقرائحهم والمثل الأعلى الذى يرمى العالم المتمدين الى تحقيقه فى يوم لم يصل بعد. ويظهر أن السبب فى عدم تنفيذ هذا الاتفاق يرجع الى حرص كل دولة فى المحافظة على مطلق حريتها فى مسائل الجنسية ، لما لها من الارتباط بسيادتها على رعاياها . وعلى ذلك ستستمر منازعات الجنسية واللاجنسية على ما هى عليه الى أن تشعر الدول حقيقة بضرورة وضع قيود فعلية على حريتها فى هذا الصدد ، عندئذ يمكن الاستفادة من المحاولة التى قام بها مؤتمر لاهاى السالف .

٤٩١ — وبجانب هذه الاتفاقات الجمعية توجد الاتفاقات التى عقدتها مصر مع الدول على انفراد . وأول اتفاق من هذا النوع هو الاتفاق الذى عقد فى سنة ١٨٩٠ مع اليونان بشأن تحديد جنسية الرعايا اليونانيين الموجودين فى مصر ، اذ شوهد أن كثيرا من الأشخاص يدعون الانتماء الى هذه الجنسية بغير حق رغبة منهم فى التهرب من دفع الضرائب ، ومن المحاكمة على الجرائم التى يرتكبونها سواء أمام المحاكم المصرية أو المحكمة القنصلية اذا ثبت فى النهاية ، أمام هذه المحكمة الأخيرة أنهم ليسوا من رعاياها . ومنشئو التنازع كما هو معلوم، أن اليونان كانت جزءا من الأمبراطورية العثمانية فيما مضى ، ورغم استقلالها فانه يوجد من الجنس اليونانى من يتمتعون مع ذلك بالجنسية العثمانية ويطلق عليهم عادة لفظة Greco-Turque ، فبمقتضى اتفاق سنة ١٨٩٠ [(٢)] وضعت الضوابط لبيان هؤلاء الأشخاص اليونانيين ومنع التنازع بين الجنسيتين العثمانية واليونانية بالنسبة لمن يقيم منهم فى مصر .

---

(١) أى أن المؤتمرين يقنعون حتى بالتنفيذ الجزئى اذا أمكن .

(٢) والاتفاق منشور فى مجموعة « أصبجى وكولومبانى » باللغة الفرنسية ٤١ — ٤٧ .

وقد عقد اتفاق ثان مع اليونان فى سنة ١٩١٨ [١] اعترفت فيه مصر بالجنسية اليونانية لبعض هؤلاء الأشخاص ، بعد أن نازعت فى ذلك مدة طويلة سابقة . ويرجع تاريخ هذا الاتفاق الى المعاهدة التى عقدت بين تركيا ودول الباقان فى سنة ١٩١٣ ، والتى بمقتضاها استولت اليونان على بعض المقاطعات . وقد استدعى استيلاؤها على هذه المقاطعات أن منحت الجنسية اليونانية لسكانها ما عدا من غادرها واختار الجنسية العثمانية . على أنه أبيح للأشخاص الذين هم فى الأصل [٢] من هـذه المقاطعات ، وكانوا متوطنين فى خارج الأمبراطورية العثمانية أن يختاروا الجنسية اليونانية . ولقد حاولت اليونان فى سنة ١٩١٤ اقناع الحكومة المصرية أن المتوطنين من هؤلاء الأشخاص فى مصر لهم الحق فى هذا الاختيار ، لأن مصر خارج الأمبراطورية العثمانيـة . ولكن الحكومة رفضت وجهة النظر هذه ، وسكتت دولة اليونان حتى نشوب الحرب وما ترتب على ذلك من تغيير مركز مصر تغيرا ظاهرا فبدأت من جديد ، تطالب بهؤلاء الأشخاص كرعاياها. وقد ساعدها على تحقيق غرضها أنها دخلت الحرب الى جانب الحلفاء فى سنة ١٩١٧ ، وتمت المفاوضات على يد المعتمد البريطانى السير ونجت ، و بفضلها أبيح لهؤلاء الأشخاص الذين يرجع أصلهم الى المقاطعات المنضمة — بأن يكونوا قد ولدوا هم أو آباؤهم فيها — اختيار الجنسية اليونانية ، كما اعترف بالجنسية اليونانيـة لبعض أشخاص كانوا فى الحقيقة رعايا محليين ولكنهم من الجنس اليونانى ، بشرط أن يكونوا قد تطوعوا فى خدمة الجيش اليونانى أو فى جيوش الحلفاء .

وعقدت مصر هذين الاتفاقين قبل اعلان استقلالها ، وتم الأول منهما وفقا لحق مصر فى عقد الاتفاقات الدولية التى ليس لها صبغة سياسية ، وأما الثانى

---

(١) راجع المجموعة السالفة ٦٥ وما بعدها و ١٥ مايو ١٩١٩ . م . ت . م . ٣١ . ٣٠٣ و ٩ يونيه ١٩٢٠ . م . ت . م . ٣٢ . ٣٥٢ .

(٢) ويطلق عليهم باللغة الفرنسية لفظة Originaires .

فعقد تحت وصاية واشراف بريطانيا بعد اعلان حمايتها على مصر .

وقد عقدت مصر بعد استقلالها اتفاقا مع ايطاليا ، وقع فى ١٤ ابريل سنة ١٩٢٣ ومضمونه تحديد جنسية الأشخاص الذين هم من أصل « ليبى » ويقيمون فى مصر قبل ضم طرابلس الى ايطاليا فيتمتع هؤلاء الأشخاص بالرعوية الايطالية دون الجنسية المصرية بشروط ثلاثة بينتها المادة الأولى من الاتفاق ، وقد قررت أن الشخص يعتبر من أصل ليبى اذا كان قد ولد هناك [١] .

وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ عقدت مصر اتفاقا آخر مع ايطاليا [٢] بشأن جنسية أهالى واحة جغبوب . وقد تنازلت عنها مصر لايطاليا مقابل بعض أراض ضمت الى مصر . ولقد أحيلت مسألة الجنسية الى لجنة مختلطة للفصل فيها فاجتمعت هذه اللجنة ولكنها لم تتوصل الى الاتفاق على المراد بسكان جغبوب والمنطقة المجاورة ، فأجل البحث الى أجل غير مسمى [٣] . ويقتضى المعاهدة السابقة ، أنه اذا حصل خلاف على تنفيذ بند من بنودها فالمرجع الى التحكيم .

٤٩٢ — ويتبين مما تقدم أن المعاهدات السابقة أتت بعد انفصال أراض وضمها الى دول أخرى ، ونذكر بهذه المناسبة بعض المذاهب التى جرت المعاهدات الدولية على الأخذ بها فى حالات الضم السالفة .

من المقرر منذ زمان قديم أن سكان البلاد المنضمة يكتسبون جنسية الدولة الجديدة ، ولكن هذا المبدأ لم يتبع وقتا طويلا لما فيه من الحاق الأشخاص بالبهائم [٤] فأعطى لسكان البلاد الأصليين الحق فى اختيار جنسيتهم القديمة

(١) انظر قبله ٤٩٣ .

(٢) وهو منشور فى مجموعة « أصبجى كولومبانى » باللغة الفرنسية ١٨٧ وما بعدها .

(٣) قارن بحث Gordon المنشور فى كتاب الجنسية السابق الاشارة اليه ١١٩ — ١٢٦ .

(٤) انظر مؤلف Pothier الجزء الأول . القسم الثانى . المبحث الأول . ومقال Gordon المنشور فى كتاب الجنسية السابق الاشارة اليه . ١٢٧ . وكذلك بحث Kunz المنشور فى مجلة أكاديمية لاهاى ١٩٣٠ . ١ . ١١١ وما بعدها . ويظهر أن شرط الاختيار la clause d'option ، وقد تقرر لأول مرة فى المعاهدة الروسية النمسوية المعقودة فى سنة ١٨١٥ وأكدته المعاهدات اللاحقة .

بشرط مغادرة البلاد . واستغنى بعد ذلك حتى عن هذا الشرط فى معاهدات كثيرة .

ولتحديد من هم سكان البلاد الأصليون ، الذين يتأثرون بالضم ، والذين يكتسبون جنسية الدولة الجديدة فى حالة عدم اختيارهم البقاء على جنسيتهم القديمة تتبع المعاهدات واحدا من أربعة مذاهب يمكن ردها الى فيصلين ، أما الفيصل الأول فهو الميلاد وأما الثانى فهو التوطن . وبالجمع بين هذين الفيصلين يمكن تصور المذاهب الأربعة على الوجه الآتى (١) معاهدات تتبع الميلاد فقط (٢) معاهدات تتبع الموطن فقط (٣) معاهدات تتبع الميلاد أو الموطن (٤) معاهدات تتبع الميلاد والموطن معا [١] . على أنه يوجد فى لغة المعاهدات الأخيرة[٢] ما يشعر بالاستعاضة عن اصطلاح الموطن باصطلاح جديد هو الاستقرار [٣] واتخاذ شخص لبلد ما مركزا لأعماله . ولا صعوبة مطلقا بشأن الميلاد سوى ما تعلق منها بالاثبات ، وأما تحديد معنى الموطن فيحتمل بعض صعوبات لذلك ولأهميته الخاصة أفردنا له فصلا على حدة .

---

(١) وتتبع المعاهدات غالبا فيصل التفرقة الأخير . قارن بحث Gordon المرجع السابق ١٢٣ .

(٢) انظر المادة ٣٦ من معاهدة فرساى وكذلك المادة ٨٤ من نفس المعاهدة .

(٣) وباللغة الفرنسية établissement .

الفصل الثانى

فى

الموطن

٤٩٣ — ذكرنا فى مستهل الكلام بشأن الجنسية أن المؤلفات والتصنيفات بشأنها كثيرة . والحال تخالف ذلك بالنسبة للموطن ، فلم يتعرض له الباحثون الا قليلا . وقد اختلف الكتاب بشأن العلة فى هذا المظهر ، فزعم البعض بأن للجنسية أهميــة أكبر ، ولذلك صادفت عنـاية أوفى ، ولكن يظهر أن هذا التعليل بعيدعن أن يكون صحيحا لأن الجنسية حديثة وأهميتها ناشئة بخلاف الموطن ففكرته وأهميته ثابتة من قديم الزمان ، أى منذ بدء نشوء النظريات فى تنازع القوانـين . وقال آخرون بأن فكرة الموطن فكرة ملموســة لا تحتاج الى ايضاح أو تفصيل كالذى تحتاج اليه فكرة الجنسية نظرا لغموضـها ، ويظهر أن هذا التعليل أقرب الى الصحة من سابقه (١) .

٤٩٤ — وقـد اتجهت الأنظار الى بحث فكرة الموطن لمـا شوهد من أن الأفراد لا يستقرون جميعا فى بلدهم الأصلى ، بل منهم من يترك دياره للتوطن فى بلد آخر قريب أو بعيد ، حتى اذا ما طاب له العيش فيــه لا يرجع الى بلاده الأصلية . ومن هنا رؤى امكان الاعتماد على قانون الموطن لحكم بعض العلائق القانونية للأشخاص وكذلك لتحديد حالتهم القانونية اذا كانوا أجانب ، اذ كما يصح أن يكون المتوطنون فى بلد ما من أهل البلد الأصليين يصح أيضا أن

---

(١) انظر بحثا هاما للأستاذ De Malalhaes فى مجموعة أكاديمية لاهاى سنة ١٩٢٨ . ٣ — ٥ — ١٤٣ وبحثا للأســتاذ Bentwich فى التطورات الحـديثة للموطن فى انجلترا . نفس المجموعة ١٩٣٤ — ٣٧٧ — ٤١٥ ورســالة Levasseur المعنونة « Le domicile » باريس ١٩٣١ ورسالة Loiseau باريس ١٨٩٣ .

يكونوا من الأجانب ومع ذلك فالكل متوطن [١] .

وقد أصبحت كلمة « موطن » شائعة بين التشريعات المختلفة فاذا نقبنا فى مجموعات القوانين فى أى بلد متمدين قابلنا حتما هـذا الاصطلاح . على أننا اذا أردنا الوقوف على مؤداه أخذتنا الحيرة اذ يقصد به معان متغيرة بحسب البلاد [٢] ، ففى مصر نجد هذا الاصطلاح فى مجموعة المرافعـات المختلطة المـادة ٣٥/٧ التى أجازت رفع الدعوى فى المسائل التجارية أمام المحاكم المصرية ضـد الأجانب المتوطنين فى مصر ولو لم يكونوا موجودين بالفعل فيها وقت رفع الدعوى . وهذا ما أشارت اليه أيضا المادة ١٤ مدنى مختلط فى فقرتها الأخيرة . كما تقابله أيضا فى المواد ٦ ، ٨ ، ٩ ، ١٩ من مجموع المرافعات (الوطنية) ، اذ تجيز هذه المواد رفع الدعوى أمام محكمة محل المدعى عليه . وكذلك فانه وفقا للمـادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ ، تختص هذه المجالس بتعيين الأوصياء والقامة والوكلاء بالنسبة للمصريين وغيرهم من المتوطنين فى القطر المصرى الا اذا قضت القوانين والعادات بغير ذلك .

وعلاوة على النصوص القانونية السابقة فاننا نقابل أيضا اصطلاح «الموطن» فى أحكام المحاكم . فحكمت المحاكم المختلطة باختصاص المحاكم الشرعية باصدار اعلام شرعى بالوراثة بالنسبة لتركة امرأة مسلمة ماتت متوطنة فى القطر المصرى [٣] . فأهمية الموطن فى مصر تتجاوز النطاق الداخـلى الى نطاق تنازع

---

(١) بحث De Magalhaes . المرجع السابق ١٣٠ .

(٢) وفى فرنسا رغم نص المـادة ١٠٢ فان الشراح مختلفون حول تعريف الموطن فمنهم من ينظر اليه باعتباره محل الأعمال كالأستاذ Planiol ومنهم من يعتبره علاقة قانونية تنشأ بين الشخص ومحل عمله (أوبرى ورو . ١ . ١٤١) ومنهم من جمع بين التعريفين .

(٣) انظر مؤلف الدكتور الزينى ٥١٢ و ٥٢٨ . ويلاحظ أن التشريعات الأوروبية لا تقر عادة للمرأة المتزوجة بموطن خلاف موطن زوجها ما عدا التشريع السوفيتى الحديث قارن بحث De Magalhaes ٥٢ — ٥٤ وقارن أيضا أبو هيف بك ٨٠ هامش (١) .

القوانين . ورأينا أن لها دخلا كبيرا فى مسائل الجنسية [1] والاختصاص العام .

٤٩٥ — وظاهر مما تقدم أن كلمة « موطن » اما أن تتعلق بمسألة داخلية بحتة كمسائل المرافعات ، واما أن تتعلق بمسألة من مسائل القانون الدولى الخاص كما رأينا فى حالة الاختصاص العام وحالة الجنسية .

ومما لا شك فيه أن معنى هذا الاصطلاح مختلف فى الحالتين . فالموطن فى الحالة الأولى يراد به محل عمل الشخص الذى يستعمل فيه حقوقه المدنية ويجعل منه مركز معاملاته . وهذا التعريف قد أوردته المادة ١٠٢ مدنى فرنسى فى قولها le lieu de son établissement principal وأخذت به المحاكم فى مصر على اطراد ، وهو يرمى الى غاية مخصوصة هى تحديد الاختصاص الداخلى اذ يبيح رفع الدعاوى على الشخص أمام المحكمة التى فيها دائرة موطنه ولو أنه لا يقيم فيها فعلا أى ليس له بدائرتها مسكنا دائما [2] . ويتم تحديد الموطن ، بالمعنى الداخلى على الوجه الآتى : هذا الموطن اما أن يكون أصليا ويراد به أول موطن يكتسبه الشخص اذا ما تمت له شخصيته بأن أصبح مستقلا عن غيره [3] ، فالقاصر اذن يكتسب موطن من له الولاية أو الوصاية عليه ، ويتغير موطنه مع تغير موطن هذا الشخص ، فموطنه موطن قانونى (حكمى) وتابع لغيره ويظل كذلك الى أن يكتسب موطنه الأصلى عند بلوغه [4] . وبجانب الموطن الأصلى يوجد الموطن

---

(١) قارن بالنسبة لفرنسا رسالة Levasseur . ٤٥٧ حيث أشار الى أن تحديد الموطن فى فرنسا متغير فيما يتعلق بمسائل تنازع القوانين .

(٢) وعلى أساس هذا المعنى يمكن أن يعتبر للشخص موطنين . الموطن مركز أعماله . والموطن محل اقامته . قارن De Magalhaes . ٣٨ — ٣٩ حيث يقرر أن الموطن الأول هو موطن الأعمال والموطن الثانى هو موطن الشخص والغالب اجتماعهما معا .

(٣) انظر موسوعة القانون الدولى . ٥ . ٥٣٣ .

(٤) وهذا الحكم مخالف لما هو متبع فى القانون الانجليزى اذ أن الموطن الأصلى وفقا لهذا القانون يكتسب منذ الميلاد كما هى الحال فى الجنسية مع ملاحظة أنه قد يوجد أشخاص بلا جنسية أو يفقدون جنسيتهم فيما بعد بخلاف الموطن فلكل شخص موطنه . انظر بعده وقارن المادتين ١٠٨ ، ١٠٩ م . ف . ورسالة Levasseur ٢٤١ .

الاختيـاري اذ يصح للشخص أن يتخلى عن موطنه الأصلى كى يكتسب موطنا جديدا بأن يقيم فى بلد آخر فينقل اليه محل أعماله بنية الاستقرار فيه ، وتستفاد هذه النية من ظروف الحال لا من اقرار الشخص اذ قد يعلن الشخص كذبا أنه لم يرغب التوطن فى هذا البـلد الجديد لمصلحة ما ، فلا يؤخذ بهـذا القول بل يرجع الى الوقائع . و يوجد أيضا الموطن المختار أو ما يسمى عادة بالمحل المختار وهو المـكان الذى يعينه الشخص لدى آخر متوطن فيه كى يتسلم نيابة عنه الاعلانات وأوراق الدعاوى التى ترفع عليه ، كمـكتب محام مثلا .

٤٩٦ — والموطن فى الحالة الثانية أى فى القانون الدولى اما أن يقصد به بيان الدولة التى يقيم الشخص [١] على أرضها بصفة مستمرة وبنية البقاء فيها أو ما يسميه الانجليز permanent home ، واما أن يقصد به العـلاقة القانونية التى تتولد بين المتوطن والدولة التى يقيم فيهـا . وعلى أية الأحوال فان الموطن يتكون من عنصرين ، عنصر مادى Factum وهو الاقامة وعنصر معنوى وهو نية البقاء Animus manendi حتى اذا ترك الشخص موطنـه كانت لديه نية الرجوع اليه [٢] Animus revertendi .

٤٩٧ — فمن المسـلم به الآن أن اقامة الشخص بنية الاستمرار على أراضى الدولة من شأنها أن تولد علاقة بين الشخص والدولة وأن هـذه العلاقة تسمى بعلاقة الموطن ، فهل لعلاقة الموطن تأثير من وجهة القانون الدولى الخاص ؟ رأينا فيما مضى بعض الأمثلة على ذلك ، وبخاصة فيما يتعلق بالقاعدة التى تقول بأن الميراث فى المنقولات يخضع لقانون موطن المتوفى ، وكذلك بالنسبة للتنازل فى مسائل

---

(١) فاذا سئل شخص عن موطنـه فان اجابته تختلف باختلاف الجنسية التى ينتسب اليهـا فاذا كان مصريا فانه سيجيب عن الموطن بالمعنى الداخلى فيذكر البلد والشارع الخ أما اذا كان انجليزيا فانه سيجيب ذاكرا الدولة التى استقر فيها . وهنا يظهر الفرق واضحا بين المعنيين .

(٢) والواقع أن الخلافات كبيرة حول تعريف الموطن . قارن بحث De Magalhaes .

الجنسية[1] .

ونزيد على ما تقدم أن قانون الموطن يطبق أيضا فى المنازعات المتعلقة بالنظام المالى للزوجين ، فقانون موطن الزوجية هو الذى يحكم الحالة القانونية للمنقولات ، وموطن الزوجية هو الغالب موطن الزوج ، ونذكر بهذه المناسبة أنه ليس للزوجة الأوروبية أن تكتسب موطنا مستقلا عن زوجها نظرا لعلاقة التبعية الموجودة بينها و بين الزوج ، وعلى العكس من ذلك فان الزوجة المسلمة قد تكتسب موطنا مستقلا . وكذلك يطبق قانون الموطن فى المنازعات الخاصة بحوالة الديون والمراد هنا قانون موطن المدين ، وهذه القاعدة مقررة تشريعا وقضاء فى الأغلبية العظمى من الدول ، كما يطبق نفس القانون بالنسبة للوديعة الحاصلة فى البنوك لأن القاعدة وجوب المطالبة بالحقوق المدنية وفقا لقانون موطن المدين ، فاذا كان المدين شركة فالعبرة بقانون مركزها الرئيسى siège social ، ومن اشترى بضائع من آخر مقيم فى بلد أجنبى فاذا قاضاه البائع فالقانون الواجب التطبيق هو قانون موطن المشترى المدين ، هذا اذا لم يحصل الاتفاق على قانون آخر فى صلب العقد ، وأخيرا فقد رجع الى قانون الموطن لحكم الأحوال الشخصية للأشخاص الخالين عن الجنسية apatrides ، كالروس المهاجرين والأرمن ونحوهم ، فاذا لم يكن لهم موطن فانه يطبق قانون محل الاقامة . أما فى مصر فرفضت المحاكم المختلطة تطبيق قانون الموطن بالنسبة للروس وأحيت قانونهم الروسى القديم (الميت) . وفى اعتقادنا أن هذا الرأى بعيد عن الصواب ، وأن من الأولى أن يطبق عليهم قانون ديانتهم ، وحجتنا فى ذلك أن قواعد القانون الدولى الخاص فى مصر تخضع الأجانب لقانون جنسيتهم فى أحوالهم الشخصية ، ولكن الأخذ بهذا الحكم معقود بوجود جنسية لهم ، فان سقطت عنهم فانهم يعاملون معاملة

---

(١) وكذلك رأينا الموطن السياسى domicile politique عند الكلام فى التجنس (المادة ٩) . ومن الجهة الأخرى فان الموطن يتقرر أيضا للأشخاص المعنوية بجانب ما تتمتع به من جنسية De Magalhaes . المرجع السابق . ٤٦ .

أهالى البلاد فيطبق عليهم قانون الملة التابعين لها [١] .

٤٩٨ — رأينا فيما تقدم أهمية [٢] الموطن فى مصر وفى البلاد الأوروبية على العموم . ولكن للموطن أهمية أكبر فى بعض البلاد الأخرى كانجلترا وأمريكا والدانمرك وسويسرا ، ما عدا بعض أجزائها [٣] ، حيث يرجع اليه لمعرفة القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية ، وذلك على خلاف المتبع فى أغلب الدول الأخرى اذ يرجع لقانون الجنسية لمعرفة الحكم الواجب الأخذ به فى هذه المسائل . ورأينا أن هذا الاختلاف يعتبر سببا رئيسيا فى ظهور نظرية الاحالة .

ولقد اهتم الكتاب الانجليز والأمريكان بدراسة فكرة الموطن دراسة عميقة وأشهرهم (Story, Halisbury Wastlake, Dicey) واذا رجعنا الى أحكام المحاكم الانجليزية شعرنا بأهمية الموطن اذ لا يعتمد عليه فقط لمعرفة القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، بل يعتبر من أهم العوامل فى تحديد الاختصاص العام فى نظر المحاكم الانجليزية . فهذه المحاكم لا تعترف بالاختصاص للمحاكم الأجنبية على الرعايا الانجليز لمجرد اقامتهم فى دائرتها ، مهما طالت

(١) وتعتبر هذه الصعوبة زائلة من الوجود بفضل المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ انظر المادتين ١٥ ، ١٦ .

(٢) وقد رأينا فيما مضى أهمية الموطن عند دراستنا لنظريات تنازع القوانين منذ أيام Badle قارن بحث De Magalhaes . ٩ . حيث يشير الى أهمية الموطن فى حل مسائل تنازع القوانين الداخلية وكذلك . ١٧ — ١٩ . حيث يشير الى أهمية الموطن فى اكتساب الجنسية بطريق التجنس وفقدها بالزواج وفقا لأحكام القانون الفرنسى الأخير الذى اشترط لعقد الفرنسية جنسيتها عند زواجها من أن تحدد اقامتها فى الخارج ورسالة Levasseur ٢ — ٨ حيث أشار الى المجهودات الدولية التى تبذل فى سبيل احلال قانون الموطن محل قانون الجنسية لحكم مسائل الأحوال الشخصية وكذلك ١٢٨ وما بعدها من نفس الرسالة حيث يبين أهمية الموطن فى مسائل تنازع القوانين على العموم .

(٣) ويظهر أن جانبا كبيرا من العالم المتمدين يخضع الأحوال الشخصية لحكم قانون الموطن وذلك اتباعا للتقاليد القديمة . قارن دروس Bentwich فى مجلة أكاديمية لاهاى ١٩٣٤ وكذلك دروس Lévy-Ullmann فى الدكتوراه . ١٩٣٥ . ٨٠ .

تلك الاقامة بل تستلزم لصحة الاختصــاص أن يكون الشخص قد اكتسب موطنا اختياريا هنالك(١) .

٤٩٩ — فالموطن فى انجلترا وما شاكلها من البلاد يلعب نفس الدور الذى تلعبه الجنسية فى البـلاد الأخرى لذلك يعتـبره البعض داخلا فى أحد عنـاصر الحالة وهى ثلاثة (١) حالة الحرية statut de la liberté (٢) حالة العـائلة statut de la famille (٣) حالة الاستيطان statut de la cité . فالموطن داخل فى العنصر الأخير كما تدخل فيـه الجنسية أيضا ، اذا عرفنا أن الجنسية لا تدخل ضمن الأحوال الشخصية ، وان ادعى ذلك البعض . فالبلاد التى اعتبرت قانون الموطن منظما للأحوال الشخصية ، لها أيضا قانون جنسيتها ، فالبريطانى يتمتع بالجنسية البريطانية ، ومع ذلك فقانون أحواله الشخصية هو قانون موطنـه الذى يصح أن يكون القـانون الفرنسى أو غيره على حسب الأحوال(٢) .

ولمـا كانت الجنسية داخلة ضمن القانون العام على الرأى الراجح ، والموطن يلعب دورها من حيث حكمه للأحوال الشخصية فان من المعترف به أيضا أن فـكرة الموطن داخلة ضمن القانون العام(٣) وسنرى أهمية ذلك .

٥٠٠ — وفى انجلترا وهى بلد « الموطن » لم يضع المشرع قواعد تشريعية

---

(١) ويجرون فى فرنسا على اعتبار أن المحاكم الفرنسية مختصة متى كان الأجنبي متوطنا فى فرنسـا . انظر دروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه ١٩٣٤ . ٨٣ وبخاصـة لو وجدت معاهدات بذلك .

(٢) وقد قال اللورد Westbury فى قضية Undy V. Undy أن الشخص الانجليزى يولد وله حالتان . حالته السياسية التى مقتضاها أنه رعية جلالة ملك بريطانيا العظمى ، وحالته المدنية التى مقتضاها خضوعه Obedience لقوانين مدنيـة معينة تتحدد بموطنـه . قارن دروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه . ١٩٣٥ . ٢٠٤ وكذلك Halisbury فى Laws of England ٦٠ . تحت كلمة Conflict of laws .

(٣) وربما كان أقرب الى الحقيقة القول بأنها متصلة بالقانون العام وكذلك بالقانون الخاص على النحو الذى رأيناه فى الجنسية . قارن De Magalhaes .

بشأنه ، بل ترك الأمر للمحاكم ولاجتهاد الفقهاء . وقد وضع الأستاذ Dicey بعض قواعد خاصة بالموطن الأصلي والموطن الاختياري وفقد الموطن واثباته . وأهمها [1] أن موطن الانسان الأصلي هو ما يكتسب عند ولادته سواء كان موطن أبويه أو محل ميلاده على حسب الأحوال . وأن هذا الموطن الأصلي لا يزول مطلقا بل يبقى حتى ولو اكتسب الشخص موطنا جديدا . وتظهر أهمية ذلك فى أحوال الانتظار بين ترك الموطن الأصلي واكتساب الموطن الجديد ، اذ تظل الأحوال الشخصية محكومة بقانون الموطن الأصلي [2] . ومن المقرر أنه لا يمكن للانجليزى أن يفقد موطنه ولو توطن فى بلد آخر ما دامت هذه البلاد خالية من قانون يمكن أن يخضع له هذا الانجليزى ، فاذا عاش هذا الشخص فى غابة فى باڤاريا حتى وفاته فان موطنه دائما هو انجلترا ، وكذلك اذا عاش فى البلاد المتبربرة . أما اذا عاش فى البلاد نصف المتمدينة كمصر والعراق والهند [3] ، فكانت المحاكم الانجليزية تقضى فى أول الأمر بعدم امكان اكتساب موطن فيها ،

---

(١) وتجدها مشروحة وملخصة عن Dicey فى كتاب المرحوم أبو هيف بك ٨٤ — ٨٨ ومقال Bentwich السابق الاشارة اليها حيث عرض لهذه القواعد فى تطبيقاتها العملية وبخاصة فى العصر الحديث . وهذا البحث هام لأن صاحبه أورد فيه الأحكام التى تتبع فى تطبيق قانون الموطن بشأن زواج وطلاق وميراث ووصايا الشرقيين عندما يتزوجون من انجليزيات مسيحيات .

(٢) وهذه القاعدة مقررة قضاء بموجب أحكام صادرة فى « قضايا المبادىء » leading cases وأهمها Undy v. Undy ونشر الحكم فى سنة ١٨٩٩ فى مجلة Law Reports ١ . ٤٤٧ . ويتلخص موضوع القضية فى أن اسكوتلنديا ترك اسكوتلندا وعاش فى انجلترا ولندن ٣٢ عاما ثم عاش فى فرنسا مدة تسع سنوات فى لوكاندات وغرف مفروشة أى أنه لم يقصد التوطن فى فرنسا ولو أنه كان قد اكتسب موطنا فى انجلترا فلما قام الخلاف حول توزيع تركته وهل توزع وفقا للقانون الاسكوتلاندى ، قانون موطنه الأصلي ، أو وفقا للقانون الانجليزى قانون موطنه المكتسب الذى فقده فيما بعد فقضت المحكمة العليا بتطبيق قانون موطنه ، وانظر أيضا Bentwich المرجع السابق ٣٨٠ .

(٣) قارن قضية Deane v. Deane ١٩٢٦ المشار اليها فى مقال Bentwich . ٣٩٠ حيث حكم أن الموظف الانجليزى فى الحكومة الهندية لا يمكن أن يكتسب موطنا فى الهند .

ولكنها عدلت عن خطتها بالنسبة لمصر بعد اعلان الحماية عليها[١] ! ! وفى النهاية فان الانجليزى المتوطن فى مصر يخضع فى أحواله الشخصية للقانون المصرى ولكن أى قانون ؟ رأينا أن فى مصر نظاما مركبا تسود فيه الشريعة الاسلامية بالنسبة للأحوال الشخصية ، فهل تطبق هذه الشريعة بالنسبة للانجليز ؟ هذا ما لا ترضى به المحاكم الانجليزية بل تأخذ بالقانون الانجليزى مطبقة هنا نظرية الاحالة بمعنى التفويض délégation أى أن الشريعة الاسلامية وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص المصرية تفوض الحكم للتشريع الانجليزى باعتباره أحد النظم الداخلة فى النظام المركب السائد فى مصر .

٥٠١ — ولقد قام الخلاف حول كيفية تعيين الموطن[٢] ، فقال البعض بضرورة الالتجاء الى ارادة الشخص ، وهذه النظرية تطبيق لمبدأ كفاية الارادة وحجتهم فى ذلك أن الارادة داخلة فى عنصرى الموطن ؛ ولا يمكن التحقق والتثبت منها تماما الا باستجواب الشخص ، ولم تصادف هذه النظرية نجاحا اذ تترتب على الموطن آثار هامة متعلقة بسيادة الدولة وتطبيق قوانينها ، كما يحصل أن يحدد المشرع نفسه موطن الأشخاص رغم ارادتهم كما هى الحال بالنسبة لفاقدى الأهلية وناقصيها ، وكذلك فان تغيير الموطن ليس من الأمور الهينة[٣] ورأى آخرون ضرورة الرجوع الى قانون جنسية الشخص لمعرفة موطنه وقالوا

---

(١) وعلى الأخص فى القضية الشهيرة باسم كازداغلى ضد كازداغلى المنشورة فى Law Reports ١٩١٩ . ١٤٥ وموضحة بما فيه الكفاية فى مؤلف المرحوم أبو هيف بك ٩٠ — ٩٦ .

(٢) اذ من المعقول أن يقوم التنازع بين قانون جنسية الشخص المراد تحديد موطنه وقانون الجهة التى يقيم فيها فعلا وقانون المحكمة المختصة . ومن رأى البعض أنه لا تنازع فى الحقيقة ، اذ المراد هو تحديد معنى الموطن متى أشارت قواعد تنازع بتطبيق قانون يجعل للموطن أهمية فى الأخذ بأحكامه . انظر رسالة Levasseur ٢٣٣ فالحاصل هو كيفية تفسير حكم القانون السالف الاشارة اليه بشأن الموطن أى أن الصعوبة متعلقة بالتفسير القانونى لا بتنازع القوانين . وانظر خاتمة الرسالة . ٤٦٠ .

(٣) وقد دافع عن هذه النظرية بحماس Loiseau فى رسالته الخاصة بالموطن باريس ١٨٩٣ وقارن Arminjon . ٢ . ٣٠ — ٣٦ .

تأييدا لذلك أن الموطن ان هو الا جزء من الأحوال الشخصية [١] . وسقط هذا الرأى بدوره لأن الموطن ليس من الأحوال الشخصية كما بيناه . وظاهر أن الموطن ليس وصفا فى الشخص بل مبناه وقائع معينة تترتب عليهـا علاقة بين الشخص ودولة معينة . هذا من الوجهة النظرية ، أما من الوجهة العملية فاننا نقع فى حيرة لأن الأخذ بهذه النظرية فيه مصادرة على المطلوب ، اذ يراد بمعرفة الموطن عادة الوقوف على القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية فاذا بدأنا بالقول بأن هـذا القانون هو قانون الجنسية فما الداعى للبحث عن الموطن ؟ كما أننـا نقع فى دور معيب فى بعض أحوال أخرى ، وذلك فى حالة ما اذا أحال قانون الجنسية على قانون الموطن كالقانون الانجليزى ، مع أن الأخذ بهذه النظرية من مقتضاه الرجوع الى قانون الجنسية وهكذا لا نجـد مخرجا . والنظرية المعول عليهـا هى اتباع قانون القاضى ، وقد قالت بهـا أغلبية الشراح وأخذت بهـا المحاكم فى فرنسا وانجلترا وفى ذلك دليل على أن الموطن ليس متعلقا فقط بالقانون الخـاص بل وأيضا بالقانون العام ، فكما أن تحديد الجنسية يرجع فيه الى قانون القاضى كذلك تكون الحال بالنسبة للموطن .

أما بالنسبة لوسائل الاثبات فيرجع فيهـا عادة الى الوقائع أو بعبارة أخرى الى القرائن القضائية والقرائن القانونية ان وجدت وذلك فى البلاد التى شرعت فى الموطن لأهميته عندها ، وهذا ما أخذت به المحاكم المختلطة باطراد [٢] ، ولذلك

---

(١) وقد قال بهذه الحجة الأستاذ Weiss ولـكن أضاف عليهـا الأستاذ Valéry حجة أخرى مستمدة من نص المادة ١٠٢ . م . ف الذى يقرر أن موطن الفرنسى لاستعمال حقوقه المدنية يتحدد بالجهة التى بها مركز أعمـاله . فيقول الأستاذ أن النص عام فيصبح أن يطبق بالنسبة للفرنسيين فى الداخل والخارج وكذلك ينطبق بالتبادل على الأجانب . وظاهر ما فى هـذا التفسير من تعمل . انظر مؤلفه . ١١٣ وكذلك دروس Lévy-Ullmann . الدكتوراه ١٩٣٤ . ٨٦ حيث يقرر أن الأعمـال التحضيرية للمادة السالفة لا تؤيد هذا التفسير مطلقا . كما أنه أظهر صعوبة الأخذ بهـذا الرأى بالنسبة للأشخـاص عديمى الجنسية . ورغم كل الانتقادات السـالفة فقد أخذ بهذا الرأى تشريعيا فى ايطاليا .

(٢) انظر حكم ٢٥ مايو ١٩٣١ . م . ت . م . ٤٢ . ١٩٠ .

اذا ما تنازعت القوانين بشأن الموطن فان من الأولى تطبيق قانون القاضي [(١)]، لأن المسألة متعلقة بالتكييف (بالأوصاف) ومعلوم أن القاعدة في هذه المسائل هو خضوعها لقانون القاضي كما رأينا [(٢)]. ويرى آخرون ان هذا القول بعيد عن الدقة لأن الموطن انما يقوم على وقائع مادية بعيدة عن الأوصاف القانونية، وأنه لا دخل اذن لقانون القاضي ولذلك يشيرون لتحديد الموطن بتطبيق القانون الذي يقول باتباع قانون الموطن لأن تطبيق هذا القانون الأخير مشروط بالتوطن الذي يجب أن يثبت وفقا للقانون الأول، أما اذا طبقنا قانون القاضي دائما فقد تنتهي الى تطبيق قانون الموطن في حالة هو بعيد في الأصل عن أن ينطبق فيها [(٣)].

---

(١) وهناك مذهب رابع مؤداه تطبيق القانون الاقليمي. ويجب عدم الخلط بين القانون الاقليمي وقانون القاضي، اذ يقصدون بالقانون الاقليمي هنا قانون الجهة التي تظهر فيها علامات استقرار للشخص تفيد توطنه هنالك كما اذا عرض أمام محكمة انجليزية نزاع بشأن موطن شخص له في فرنسا محل تجاري. فالقانون الفرنسي في هذه الحالة هو القانون الاقليمي ولكن ظاهر أن مجال الأخذ به أن لا تتعدد صور هذا الاستقرار في بلاد مختلفة. ومع ذلك فقد أخذ بهذا المذهب في مجموعة Bustamante المادة ٢٢ وأخذ فيها بقانون القاضي من باب الاحتياط والتكملة فحسب. وقد نقد هذا المذهب الأستاذ Cassin في دروسه التي ألقاها بأكاديمية لاهاي ١٩٣١ مجلة الأكاديمية. نبذة ١٥ من السنة نفسها. وهناك مذاهب أخرى وسط أشار بها الكتاب المختلفون وليس هنا مجال بحثها، وتجد بشأنها اشارة كافية في دروس Lévy-Ullmann. الدكتوراه. ١٩٣٤ . ٩٠ — ٩١ ورسالة Levasseur ٢١٧ — ٢٣٢ حيث حاول التوفيق بين آرائه ونظرية الأستاذ Bartin في التكييف.

(٢) قارن Pillet-Niboyet والانتقادات التي وجهها Levasseur في رسالته السابق الاشارة اليها ٦١ — ٦٢ وكلمة المقدمة التي وضعها الأستاذ Juliot de La Morandière لهذه الرسالة.

(٣) فاذا فرضنا أن قاعدة تنازع القوانين الفرنسية أشارت بتطبيق القانون الانجليزي باعتباره قانون الجنسية في مسألة متعلقة بالأهلية وأحال هذا القانون الأخير على القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن. فالأصل أن لا ينطبق القانون الفرنسي الا اذا ثبت أن الشخص متوطن في فرنسا وفقا لأحكام القانون الانجليزي دون أحكام القانون الفرنسي. كما يظهر ضعف هذا الرأي في حالة ما اذا كان قانون القاضي بعيدا عن التنازع فاذا ما طلب مثلا من محكمة فرنسية تحديد موطن شخص صيني مقيم في اليابان. فما هو دخل القانون الفرنسي هنا. قارن De Magalhaes المرجع السابق نبذة ١١.

٥٠٢ — وهناك مسألة يضيق المجال هنا عن بحثها بتوسع ، وهى خاصة بأى القانونين أولى بحكم مسائل الأحوال الشخصية ، أقانون الجنسية أم قانون الموطن ؟ من المعلوم أن قانون الموطن هو الذى كان متبعا الى أجل قريب (القرن التاسع عشر وظهور مبدأ الجنسيات) ، وقد قال به Savigny لأنه القانون التقليدى كما رأينا فى نظريات تنازع القوانين ، وعلاوة على ذلك فان تطبيقه العملى من السهولة بمكان ، اذ يقوم الموطن على وقائع خارجية ظاهرة بخلاف الجنسية التى يصح أن تظل سرية بين الشخص ودولته ، ومن الطبيعى أن يتأثر الشخص بالجهة التى يعيش فيها ويتعامل مع أهلها [1] . وأما أنصار مذهب قانون الجنسية فيقولون بأن قوانين الدولة وعلى الأخص ما تعلق منها بالأحوال الشخصية انما وضعت لرعاياها الذين هم كيانها ، فمن الطبيعى أن تتبعهم فى أية جهة كانوا لاتحادهم فى الجنس وأن مجرد الاقامة فى بلد ، لا يمكن أن يقارن بدم الجنس الذى يجرى فى عروق هؤلاء الأفراد ، ولقد راج هذا المذهب بفضل فكرة القومية ومبدأ الجنسيات [2] ويقول أنصاره علاوة على ما تقدم أن تغيير الجنسية أمر نادر عملا بخلاف تغيير الموطن . ومعلوم أن الاستقرار مرغوب فيه بالنسبة للقوانين التى تحكم الحالة والأهلية .

والواقع أن كل دولة تتبع النظام الذى تراه ملائما لها من الوجهات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية . ففى أوروبا يتبعون فى العادة قانون الجنسية ، والقليل من الدول يتبع قانون الموطن . وقد أخذ بعض الدول بمزيج من قانونى

---

(١) انظر فى الدفاع عن تطبيق قانون الموطن Bentwich . المرجع السابق ٣٨١ حيث أشار الى احتمال وجود بعض الصعوبات فى تحديد موطن الأشخاص الذين يقطنون فى جهات مختلفة بحيث يتعذر من الوقائع المادية معرفة أى موطن قد اختاروا ، ولكن تذلل هذه الصعوبة عن طريق الأخذ دائما بالموطن الأصلى عند الشك فى وجود الموطن المختار ، وقارن رسالة Levasseur السابق الاشارة اليها ٤ — ٩ حيث يدافع عن قانون الموطن .

(٢) وقد لاحظنا أن تطبيق هذا المبدأ ليس عاما فهناك أمم محرومة من حقها فى أن تكون دولا قائمة بذاتها لها قوانينها التى تسرى على أفرادها .

الجنسية والموطن ، كپولونيا ، فانها حكمت قانون الموطن فيما يتعلق بمعاملة رعاياها فى الداخل ، لأن هـذه الدولة مزيج من أجناس مختلفة . وأما فى الخارج فانهم يخضعون فى الأصل للقانون البولونى الذى يفوض الحـكم فيما بعد لقانون موطنهم الداخلى ، فاذا لم يكن للشخص موطن فى پولونيا اعتبر متوطنا فى فارسوفيا . وقد اتبعت دولة اليونان الخطة نفسهـا ، كما أن فرنسـا طبقته فى الالزاس واللورين . على أنه توجد الآن حركة فقهية فى تلك الدولة غرضها جعل جانب كبير من الأحوال الشخصية محكوما بقانون الموطن ، ويظهر أن السر فى ذلك راجع الى كثرة المهاجرين الأجانب والرغبة فى تشبيههم فى المعاملة بالفرنسيين فيطبق عليهم القانون الفرنسى باعتباره قانون الموطن ولو لم يكونوا قد حصلوا على الجنسية الفرنسية [١] .

وأما نحن فى مصر فنتبع خليطا من قانون الجنسية [٢] بالنسبة للأجانب ، وقانون الديانة بالنسبة للمصريين ، فللدين عندنا أهمية خاصة لذلك نفرد له فصلا على حدة .

---

(١) راجع مقـال Audinet المنشور فى المجلة . ١٩٣٤ . ٢٩٥ — ٣٢٣ . وبخاصة ٣٠١ حيث يشير الأسـتاذ الى أن الأخـذ بقانون الموطن من شأنه أن يسهل توحيد قواعد تنازع القوانين . وهـذا أمر مرغوب فيه منذ زمن بعيد . وانظر كذلك ٣٠٦ وما بعدها حيث يعترض الأستاذ على تطبيق قانون الموطن فى فرنسا لما يثيره ذلك من صعوبات واشكالات مختلفة .

(٢) وتطبقه عادة المحاكم القنصلية بالنسبة للأجانب المتازين أما غير المتازين فليس لهم محاكم قنصلية فترفع الدعاوى فى هذا الشأن الى محاكم بلادهم فى غالب الأحوال .

الفصل الثالث

فى

الدين

٥٠٣ — انقضى ذلك الزمن الذى كان فيه للديانة شأن هام فى تعيين القانون الذى يطبق فى مسائل الأحوال الشخصيه فأصبحت التشريعات فى الوقت الحاضر وضعية بحتة فى كل أرجاء العالم المتمدين . ولكن الحال عندنا فى مصر تخالف ذلك ، اذ يجعل المشرع للديانة أهمية عظمى فى تحديد الجهة المختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية وبالتالى فى معرفة القانون الواجب التطبيق . وقد أتى النص على ذلك صراحة فى المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وفى مواد كثيرة من المجموعة المدنية الأهلية ومنها المواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ .

٥٠٤ — فالأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين تخضع لقوانين دياناتهم وتفصل فيها هيئات متعددة فى البلاد ، فتفصل المحاكم الشرعية بحسب الأصل فى الأحوال الشخصية للمسلمين [1] ، أما المجالس الملية والحاخامات فتفصل فى

---

(١) ولها أيضا أن تفصل فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين من المصريين اذا ما اختلفوا ملة . بل وأكثر من هذا فهناك من يقول باختصاص هذه المحاكم بنظر قضايا الأجانب غير الممتازين لعدم وجود محكمة أخرى فى البلاد تفصل فى مشاكلهم . وأساس هذا الرأى النظر الى المحاكم الشرعية باعتبار أنها المحاكم العامة فى البلاد ، كما أنه يترتب على الأخذ به أن تطبق الشريعة الاسلامية فى قضايا هؤلاء الأجانب لما هو معلوم من التلازم الموجود بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى فى مصر . وهذه النتيجة وحدها ربما كانت كافية لاستبعاد هذا الرأى ، اذ أن الشريعة الاسلامية ذات صبغة شخصية خاصة بالمسلمين لا تمتد الى غيرهم الا فى أحوال معينة يصعب اعتبار هذه ضمنها ، هذا ومن وجهة أخرى فان هذه النتيجة مخالفة لنص المادة ٤ مدنى مختلط والمواد الأخرى التى تعتبر تطبيقا له والتى تقول بتطبيق قانون الجنسية فى مسائل الأحوال الشخصية سواء تعلقت بأجانب ممتازين أو غيرهم دون تمييز . كل =

الأحوال الشخصية المسيحيين واليهود . واختصاص هذه الهيئات كلها ثابت من زمن قديم ، فالمحاكم الشرعية تتمتع باختصاصها بموجب لائحة ترتيبها التى صدرت فى سنة ١٨٨٠ والتى تناولتها يد التعديل حتى سنة ١٩٣١ . أما بالنسبة للمجالس الملية فهناك نصوص الخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ التى أعطيت بموجبه الاختصاص (١) . ولقد قام الخلاف فى مبدأ الأمر حول طبيعة اختصاصها لمعرفة ان كان الزاميا أو اختياريا (٢) .

وربما أصبح هذا الخلاف الآن فى حكم التاريخ بعد صدور منشورين

= هذا لا ينفى وجود صعوبات فى الالتجاء الى محاكم هؤلاء الأجانب فى بلادهم اذ الأصل أن تيسر كل دولة للموجودين فيها سبل التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وغيرها ، فمن اللازم اذن أن يعطى هذا الاختصاص للمحاكم الأهلية وهى محاكم زمنية قادرة على تطبيق قواعد تنازع القوانين . وقد كان من الطبيعى أن يتناول المشرع هذه المسألة بالتعديل ولكن صدر قانون الطوائف الأخير وهو القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ وأتت المادة ١٥ المقررة لاختصاص المحاكم الأهلية بشأن مسائل الأحوال الشخصية خالية من الاشارة صراحة الى هذا النوع من المنازعات اذ جعلته مقصورا على الأجانب المسلمين فقط .

وهاك النص : « تنظر المحاكم الأهلية مع مراعاة ما تقدم من الأحكام وفى حدود اختصاصها بالنسبة للأشخاص فى كافة دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بغير المسلمين أو بالمسلمين غير المصريين » : وربما استفيد هذا الاختصاص من نص المادة ٢/١٦ فى قولها « اذا كان النزاع بين خصوم غير مصريين تطبق المحاكم قانون الأحوال الشخصية الذى يتبعه الزوجان » قارن أبو هيف بك . ٨٧٤ — ٨٧٥ وهامش (٣) .

(١) وأهم نص فيها من هذه الناحية هو نص المادة ١٨ الذى يقرر « الدعاوى الخصوصية Cas spéciaux مثل دعاوى الميراث سواء بين المسيحيين أو اثنين من رعايا غير المسلمين يجوز أن تنظر اذا أراد أصحاب الدعوى بمعرفة البطركخانات أو رؤساء الطوائف أو مجالس الطوائف » وتجد الخط الهمايونى السالف فى مجموعة أحمد حسن بك . ٢ . ٩٠٨ وانظر أيضاً كتاب Young المعنون Corps de droit Ottoman . ٢ . ١٣ — ١٥ .

(٢) على أنه من الثابت أن هذه الهيئات لا تختص الا اذا كانت الدعوى بين أشخاص من المنتمين اليها ديانة وملة ، وأنه لا اختصاص لها بشأن مسائل الأوقاف التى تبقى فى حق الجميع من اختصاص المحاكم الشرعية . انظر المادة ١٦ من الأمر العالى الصادر فى ١٨٨٣ .

عانيين (من الباب العالى) فى سنة ١٨٩١ مؤكدين الزامية هذا الاختصاص[١] .

وعلى العموم فان هذه النصوص العثمانية لم تفعل أكثر من تأييد التقاليد الدينية التى كانت موجودة من قبل منذ عهد السلطان محمد الفاتح . ومع ذلك فان المشرع المصرى قد تدخل فى شأن المجالس الملية رغبة فى تنظيمها تنظيما ملائما فصدرت قوانين مصرية بحتة أولها الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣

---

(١) ويصعب هنا تفصيل الظروف التاريخية التى أدت الى هذه الحال واستمرارها حتى الآن رغم مساوئها ورغم المحاولات التى بذلت للقضاء عليها . ويكفى أن تقرر أن القوانين كانت فى الشرق شخصية دون الغرب الذى انتهت القوانين فيه الى أن تكون اقليمية وذلك بفضل تأثير القانون الرومانى من جهة واتحاد الدين من جهة أخرى اذ لم يوجد فى الغرب سوى المسيحيون واليهود ، وكان هؤلاء الأخيرون مضطهدين فلم يكن يعنى بأمرهم . أما فى الشرق فقد سمح التسامح الاسلامى بوجود الأديان الأخرى بجانب الاسلام فبقى المسيحيون ، وكذلك وجد اليهود فى بلاد الاسلام ملجأ ، واحترمت عقائد هؤلاء وهؤلاء ومن ثم أبيح لرؤسائهم الدينيين أن يفصلوا فى شئونهم ومن هنا نشأت مجالسهم المتعددة فى الامبراطورية العثمانية القديمة ثم زالت بزوالها وبظهور الجمهورية التركية الحديثة . أما فى مصر فقد بقيت هذه الهيئات واعترف بها المشرع المصرى ، ويحصل هذا الاعتراف باعتماد تعيين رئيسها بأمر عال للطوائف التى لها رئاسة مستقلة أو بقرار من وزير الداخلية للطوائف التى تتبع رئاستها فى مصر رئاسة عليا فى بلد أجنبى وهى فى مجموعها الأقباط الأرثوذكس — الأرمن الكاثوليك — الانجيليين الوطنيين ، وقد اعترف بها فى تشريعات على حدة سبق أن أشرنا اليها ثم الأقباط الكاثوليك — الأروام الكاثوليك — الأروام الأرثوذكس — الموارنه — السريان الكاثوليك — الكلدان الكاثوليك — اليهود الربانيين — الأرمن الأرثوذكس — السريان الأرثوذكس — الكلدان الأرثوذكس — اليهود القرائيين .

وظاهر من التعداد السابق مقدار الاختلاف فى المذاهب بين المسيحيين ، وهذا التعداد ناشىء عن أسباب تاريخية محضة ترتب عليها أن كثيرا من الكنائس الفرنسية رأت أن من الأوفق أن تبعث بالمبشرين لكى ترجع المسيحيين الشرقيين (الهراطقة) الى حظيرتها كما كانوا من قبل ومن هنا نشأت طوائف الأقباط الكاثوليك والأقباط البروتستانت . ومعلوم أن الكنائس الأجنبية فى الشرق أربع : الكنيسة اللاتينية . الكنيسة الانكليكانية . الكنيسة البرسبيتية . الكنيسة اللوثرية . راجع فى هذا كله مؤلف Young . السابق الاشارة اليه ١٢٣ وما بعدها ومقال Arminjon فى المجلة ١٩١٢ . ٧٠٥ وما بعدها . حيث يقرر أن الدين الاسلامى جاء شاملا للعبادات والمعاملات على خلاف الدين المسيحى الذى جاء مقصورا على العبادات فحسب ، وكذلك راجع رسالة سيزوستريس سيداروس باشا ١٩٠٦ . ٢٦٥ — ٢٨٨ .

بالنسبة لطائفة الأقبـاط الأرثوذكس والأمر العالى الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠٢ بالنسبة للانجيليين الوطنيين والأمر العالى الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٥ بالنسبة للأرمن الـكاثوليك . وقد أتت هذه القوانين كلهـا فى الجملة على نمط واحد ، تعترف بالاختصاص لهذه الهيئات وتنظم بطريقة محدودة كيفية تـكوينها وسير العمل فيها . ومما هو جدير بالملاحظة فى هذا الشأن أنه وفقا لهـذه الأوامر العالية أصبح تـكوين المجلس الملى غير مقصور فقط على رجال الدين بل يدخله أيضا رجال زمنيون ، وهذه نقطة هامة .

وقد أهمل المشرع المصرى اصدار تشريعات بشأن الطوائف الأخرى غير الاسلامية المعترف بها وربما كان ذلك لقلة المنتمين اليهـا ، ولـكن ذلك لا ينفى بقاء الاختصاص لها .

على أنه كان من اللازم بعد انفصال مصر عن تركيـا فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ أن يصدر المشرع المصرى قانونا مصريا لـكى تقوم هذه الهيئات على سند قانونى مصرى صريح ولـكن يظهر أنه اكتفى باصدار القانون رقم ٨ سنة ١٩١٥ الذى احتفظ فيه بالحالة القائمة [1] statu quo .

٥٠٥ — وتثير هـذه الحالة القائمة مختلف الشكاوى لاعتبارات كثيرة أخصها تنازع الاختصاص والتضارب فى الأحكام بين هـذه الهيئات المختلفة مما يترتب عليه الحاق الظلم بالمتقاضين ، وانـكار العدالة فى بعض الأحيان . كما أن النظم الداخليـة للمجالس الملية و بعـدها عن كل رقابة حكومية أدى الى ظهور مساوىء مختلفة انتهت بوقوع التذمر حتى بين أفراد هـذه الطوائف أنفسهم . لذلك فـكر أولو الأمر فى وزارة الحقانية فى اصلاح الحالة فعقدوا اللجان لذلك ،

---

(١) اذ نص فيه على « السلطات القضـائية الاستثنائية المعترف بهـا حتى الآن فى الديار المصرية تستمر الى حين الاقرار على أمر آخر على التمتع بمـا كان لها من الحقوق عنـد زوال السيادة العثمانية ، وعلى ذلك فان السلطات القضائية المذكورة هى والهيئات التى بواسطتها تمارس تلك السلطات أعمـالها يكون مخولا لها بصفة مؤقتة جميع الاختصـاصات والحقوق التى كانت تستمدها لغاية الآن من المعاهدات والفرمانات والبراءات العثمانية » .

وانتهى الأمر الى صدور المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ الخاص بترتيب واختصاص محاكم الطوائف الملية لغير المسلمين . والمفروض أن يوضع هذا المرسوم موضع التنفيذ الفعلى ابتداء من أول مارس سنة ١٩٣٧ (المادة ٣١ منه) لو أقره البرلمان فى دورته التشريعية التى تبدأ فى يوم ٢٣ مايو سنة ١٩٣٦ . ولا شك أن هذا المرسوم بقانون سيثير اعتراضات من نواح مختلفة ، كما أنه من المنتظر أن تتناوله يد التعديل والتنقيح فى ضوء الملاحظات التى ستتناوله ، ولذلك أثرنا أن لا نعرض له بالشرح الوافى مكتفين ببيان عناصره الأساسية .

٥٠٦ — بدأ المشرع بالاعتراف بالحالة القائمة فعلا ، ومدارها وجود المجالس (المحاكم) الطائفية وتمتعها بحق القضاء (مادة ١) ولكن فى حدود جديدة أوردها صراحة ، ومقتضاها أن يكون النزاع حاصلا بين أفراد مصريين غير مسلمين منتمين الى طائفة ملية واحدة على مواد معينة على سبيل الحصر وهى صحة الزواج أو بطلانه وفسخ الزواج والفرقة بأنواعها (الطلاق أو الحيلولة) والنسب والتبنى وتصحيح النسب[1] (مادة ٢) ويتبين من هذه القيود أمران : أولا : أن المجالس الطائفية لا اختصاص لها فى حالة اختلاف الملة ، فلا محل اذن لتطبيق قاعدة أن المدعى يسعى وراء المدعى عليه ، والمتبع حالا أن يكون الاختصاص للمحاكم الشرعية ، ولكن المشرع نزع منها هذا الاختصاص وأعطاه للمحاكم الأهلية فنص فى المادة ١٥ على أنه « تنظر المحاكم الأهلية[2] مع

---

(١) ونوجه الأنظار الى أن التبنى وتصحيح النسب من الأنظمة غير المعروفة فى الشريعة الاسلامية ، ويمكن القول بمخالفتها للنظام العام فى مصر فى الوقت الحاضر لأنها لا تتمشى مع شعور الأغلبية الساحقة من المصريين .

(٢) واذا كان تغيير الملة طارئا فان المجالس الملية تحتفظ باختصاصها القضائى بنظر دعاوى صحة الزواج أو بطلانه اذا عقد الزواج لدى السلطة الدينية التى تتبعها تلك المحاكم حين كان كلا الزوجين خاضعا لها ، ولو أصبح الخصوم فى الدعوى غير خاضعين لها . وهذا الاختصاص استثنائى وهو مفهوم فى حالة ما اذا كان التغيير حاصلا من أحد الزوجين ، ولكن يصعب تفسيره فى حالة ما اذا كان التغيير حاصلا من الاثنين .

مراعاة ما تقدم من الأحكام ، وفى حدود اختصاصها بالنسبة للأشخاص ، فى كافة دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بغير المسلمين .... » . ثانيا : أن الاختصاص الأصلى للمجالس الطائفية مقصور على المسائل الدينية البحتة المتصلة بالعائلة ، أما المسائل الأخرى ذات الصبغة المالية الظاهرة فهى فى الأصل من اختصاص المحاكم الأهلية كالهبة والوصية والمواريث .

على أنه يلاحظ مع ذلك أن المشرع قد جعل للمجالس الملية اختصاصا فى هذا الشأن بطريق تبعى فى مسائل الطاعة وحضانة الأولاد وكذلك حق النفقة بين الزوجين وحق التعويض فى حالة بطلان الزواج أو فسخه على أن يكون للمحاكم المدنية تقدير قيمة النفقة أو التعويض . ويجوز مع ذلك للمحاكم الدينية أن تتولى بصفة مؤقتة تقدير قيمة النفقة . ومعنى ما تقدم بقاء الاختصاص مشتركا ومجزءا بين المحاكم الدينية والمحاكم المدنية ، وعندنا أنه ربما كان من الأوفق القضاء على هذا الاشتراك وبخاصة فيما يتعلق بالنفقة أو بالتعويض منعا للصعوبات الكثيرة التى أظهرها العمل ، وبخاصة لأن القانون الذى سيطبق موضوعيا يختلف باختلاف الجهة المرفوع اليها الدعوى .

٥٠٧ — ولا يسوغ للمجالس الملية مباشرة اختصاصها القضائى فى داخل الحدود السالفة الا اذا توافرت شروط بينها القانون ، ومؤداها أن يكون ترتيبها بلائحة معتمدة من جانب الحكومة فى شكل مرسوم ، وقد اشترط المشرع هنا صراحة عدم جواز الطعن فى أحكام المجالس السالفة (المحاكم[1]) الى محكمة أو أية هيئة أخرى يكون مقرها خارج الديار المصرية ، فقطع بذلك المشرع دابر سبب من أسباب الشكوى وبسر تحقيق العدالة على المتقاضين فى أقصر وقت ممكن ، كما أنه استلزم من جهة أخرى علانية الأحكام التى تصدرها المحاكم الدينية السابقة وذلك عن طريق ايداع نسخ منها فى أقلام كتاب محاكم النقض والاستئناف والمحاكم الابتدائية (المادة ٣) . وقصر المشرع حق القضاء على

---

(١) وسماها المشرع محاكم دلالة على تنظيمها على نمط المحاكم المدنية العادية .

المصريين غير المسلمين ورؤسائهم الدينيين مع ضرورة التصديق على تعيين الأولين بقرار من وزير الحقانيــة (مادة ٤) وألزم المحاكم بتحرير أحكامها باللغة العربية فى الأصل فان حررت بلغة أجنبية وجب الحاقها بترجمة لها قوة فى الأصل عند الخلاف فى التفسير (مادة ٥) . والخلاصة أن المشرع استلزم هنا ضمانات قصد بها تحقيق العدالة وتسهيلها على المتقاضين ، ومؤدى هـذه الضمانات أشخاص القضاة أنفسهم وكيفية مزاولتهم لمهمتهم . وكل هذا جميل من جانب الشارع ، ويمكن التساؤل هنا عن الجزاء الواجب الاتباع عند عدم العمل بالشروط السالفة . اذا رجعنا الى نصوص القانون لا نجد هذا الجزاء مقررا صراحة ولـكن مع ذلك فانه يستفاد من نص المـادة ١٥ الذى جعل من المحاكم الأهلية محاكم أحوال شخصية عامة بالنسبة لغير المسلمين ، وجوب الرجوع الى هذه المحاكم فى كل مرة يتبين أن المجلس الملى المختص أصليا محروم من حق القضاء بسبب عدم توافر الشروط السالفة التى يكون للمحاكم الأهلية حق رقابة تحققها من عدمه دون حاجة لصدور قرار أو مرسوم من جانب السلطة التنفيذية [١] .

٥٠٨ — ونظم المشرع فى الباب الثانى من القانون قواعد المرافعات أمام المحاكم الدينية [٢] . على نمط لا يختلف كثيرا عن المتبع أمام المحـاكم المدنية ،

---

(١) ولـكن هل اذا ثبت عدم توافر هـذه الشروط فى وقت معين ، ولـكن ثبت توافرها فى تاريخ لاحق فهل يعود الاختصاص للمجلس الملى ؟ لا شـك فى أن هـذه مسألة مثيرة للجدل ولـكننا نعتقد أن عدم توافر هذه الشروط مسقط للاختصاص والقاعدة أن الساقط لا يعود . وتكون الفترة من يوم صـدور القانون الى أول مارس سنة ١٩٣٧ تاريخ العمل بهذا القانون فترة سقوط لا بد أن تتم فى خلالها الاجراءات السالفة والا ارتفع الاختصاص عن المجلس الملى .

(٢) وهاك النصوص فى هذا الشأن « ترفع الدعوى بعريضة يوقع عليها المدعى أو وكيله الخاص وتكون مشتملة على بيان واضح لموضوع الطلب وأسماء المدعى عليهم وألقابهم ومحال اقامتهم » (مادة ٩) . « يكلف الخصوم بالحضور أمام المحـكمة باعلان يصدر من رئيس المحـكمة مشتمل على بيان مقرها ويوم الحضور والساعة، ويجب أن يرفق باعلان كل من المدعى عليهم صورة طبق الأصل من صحيفة الدعوى ويسلم الاعلان الى الخصوم بواسطة مندوب من=

وأهم ما يلاحظ فى هـذا الصدد وجوب أن تـكون الأحكام مسببة ومكتوبة على أن تتلى فى الجلسة بعد توقيع الرئيس والـكاتب على نسخة الحـكم الأصلية (المادة ١٤) .

٥٠٩ — أما البـاب الثالث فخصصه المشرع لتنظيم اختصاص المحاكم الأهلية أى المحاكم المدنية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية ، وهنا يظهر التجديد بأجلى معانيه اذ المتبع حتى الآن أنه لا اختصاص لهذه المحاكم بنظر هذا النوع من الدعاوى ، ولـكن المادة ١٥ من المرسوم الجديد أعطت لها الاختصاص فى كافة دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بغير المسلمين أو بالمسـلمين غير المصريين كل ذلك فى حدود اختصاصها بالنسبة للأشخاص [1] . وفى حدود الاختصاص الذى تقرر للمجالس الملية الا أنه لو امتنعت هذه (المحاكم) عن الحـكم [2] عاد الاختصاص للمحـاكم الأهلية . وبفضل هـذا النص تعتبر الصعوبة القائمة

= المحـكمة يقوم بوظيفة المحضر أو يرسل اليهم بالبريد المسجل وذلك قبل التاريخ المحدد للجلسة بثمانية أيام كاملة على الأقل » (مادة ١٠) . « فى اليوم المحدد للجلسة يحضر الخصوم أمام المحـكمة بأنفسهم أو بواسطة وكلاء بمقتضى توكيل خاص مصدق على امضائه أو ختمه ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر دائما بحضور الخصوم شخصيا أمامها ، وتجرى المرافعات علانية الا فى الأحوال التى تأمر المحـكمة بأن تكون فيها سرا مراعاة للآداب . وللخصوم أو وكلائهم تمام الحرية فى ابداء دفاعهم شفويا كما أن لهم أن يقدموا للمحكمة مذكرات كتابية ويجب أن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم (مادة ١١) . اذا لم يحضر كل الخصوم بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم فلا يجوز للمحكمة أن تسمع الدعوى الا اذا استوثقت من تسليم الاعلانات بواسطة مندوب المحـكمة أو من أرسلها بالبريد ويثبت فى محضر الجلسة (مادة ١٢). ويظهر أن المراد المرفوع عليه الدعوى — المدعى عليهم — يعاون المحـكمة كاتب يحرر محضر الجلسة ومثبت فيه أسماء أعضاء المحـكمة والخصوم الحاضرين شخصيا أو وكلائهم وملحق المرافعات وكذلك كل قرار تصدره حالة انعقادها ويوقع الرئيس والـكاتب على المحضر (مادة ١٣) .

(١) ونوجه الأنظار الى الخـلاف الشهير بشأن الأجانب غـير المتازين وبخاصة المنتسبين للدول الأوروبية . قارن قبله ١٤ هامش (١) .

(٢) ونص المشرع على أنه لا يجوز أن تستعمل المحاكم الأهلية هذه الولاية الا اذا أثبتت محكمة تنازع الاختصاص المنصوص عليها فى المادة ٢٦ من هذا القانون بناء على طلب مسبب =

الآن بشأن نظر دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة برعايا الجمهورية التركية محاولة اذ ستنظرها المحاكم الأهلية دون المحاكم الشرعية ، ومعلوم أن المحاكم الأهلية ليست ملزمة بالقضاء وفقا لأحكام الشريعة الغراء فى موضوع هذه المنازعات .

ولقد ذكر المشرع فى المادة ١٦ من القانون الذى تطبقه المحاكم الأهلية عند نظرها الموضوع . فاذا كان النزاع بين مصريين غير مسلمين فان المحاكم الأهلية تطبق القانون الذى يصدر فيما بعد . ومن المفروض صدوره قبل أول مارس ١٩٣٧ تاريخ العمل بهذا القانون (١) . أما اذا كان النزاع بين غير مصريين فقد وضع المشرع قاعدة اسناد مقتضاها أن تطبق المحاكم قانون الأحوال الشخصية الذى يتبعه الزوجان أى قانون جنسيتهما المشتركة أو قانون ديانتهما المشتركة على حسب الأحوال ، فان اختلفا جنسية أو دينا يطبق قانون الزوج وقاعدة الاسناد هذه ليست جديدة بل مأخوذ بها فى مصر وفقا للقواعد العامة فى تنازع القوانين (٢) .

= يرفعه صاحب الشأن الى وزير الحقانية بحصول الامتناع عن الحكم .

ونوجه الأنظار الى أن النصوص التشريعية لم تأت فاصلة صراحة فى تحديد جهة الاختصاص بنظر دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب غير المتازين ، ومعلوم أن المحاكم الشرعية تدعى الاختصاص بشأنهم وتنازعها فى ذلك على الدوام المحاكم المختلطة التى تفصل فى هذه الدعاوى بطريقة فرعية وفقا لما هو معتاد .

(١) واصدار هذا القانون هو عقدة العقد اذ سيصعب حتما التوفيق بين وجهات النظر المختلفة ، فاذا استشير رجال الدين بشأنه فنعتقد أن لا مخرج مطلقا وبخاصة اذا عرفنا أن الطوائف المسيحية واليهودية فى مصر أربع عشرة طائفة الخلافات بينها فى الأحكام واسعة ومن هذه الطوائف من يقول بأن الزواج سر من أسرار الكنيسة ، ومنها ما لا يعرف ضابطا واحدا باطراد لحل الصعوبات التى تعرض وعندنا أن الأصوب هو الأخذ جملة واحدة بأحكام تشريع وضعى حديث كالتشريع السويسرى مثلا منقحا بما يلائم عادات أهل البلاد والغالب المتعارف فى معتقداتهم ، وذلك أسوة بما حصل فى تركيا الحديثة حتى بشأن الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين . وهكذا يمكن وضع حد لخلافات لا طائل تحتها ولا شك فى ضررها .

(٢) راجع قبله ٢٥٨ وهامش (٢) .

واذا قام النزاع على تركة يطبق قانون المورث وهـذه القاعدة نفسها مقررة فى المجموعة المدنية ٥٤ / ٧٧ . م . ١ . م .

ونظم المشرع فى المواد ١٨ — ٢٠ الاختصاص النوعى للمحاكم الأهلية ابتدائيا واستئنافيا فى قضايا الأحوال الشخصية التى ترفع اليها . و يستفاد منها أن المحاكم الابتدائية هى المختصة بنظر أغلب المنازعات ما عدا الخاص منها للنفقة والمهر والجهاز والارث الذى لا يتجاوز ٢٠٠ جنيها فهى فى اختصاص المحاكم الجزئية تفصل فيه بطريقة ابتدائية أو انتهائية على حسب الأحوال .

وأتى المشرع فى المادة ٢١ بحكم هام اذ قرر أن تغيير الدين أثناء سير الدعوى لا يؤثر فى اختصاص المحكمة التى رفع اليها النزاع وفقا لأحكام هذا القانون ولا فى الشريعة الواجب تطبيقها . وهذا الحكم مخالف لما هو متبع الآن ولقضاء محكمة النقض فيما يتعلق بتأثير تغيير الدين فى الشريعة الواجب تطبيقها [1] . أما اذا كان تغيير الدين سابقا لرفع الدعوى فالأصل أن تطبق المحاكم الأهلية الشريعة التى كان يخضع لحكمها الطرفان وقت انعقاد الزواج . وحكمة التفرقة بين الحكمين ظاهرة وتتلخص فى أن تغيير الدين أثناء نظر الدعوى دليل على وجود نية الغش وأن المقصود هو الاضرار بحقوق الطرف الآخر الذى بقى على ديانته فيبقى الاختصاص القضائى وكذلك الاختصاص التشريعى على ما هى عليه . وهذا الحكم عام يطبق بالنسبة لجميع المحاكم الملية وكذلك بالنسبة للمحاكم الشرعية ، ولكن فى حالة ما اذا كان تغيير الدين حاصلا قبل رفع الدعوى فان الاختصاص القضائى يكون حتما للمحاكم الأهلية لاختلاف الملة ، الا اذا كان الشخص قد اعتنق الاسلام فسيكون الاختصاص للمحاكم الشرعية. وهذه لا تطبق سوى الشريعة الاسلامية نظرا للتلازم المعروف بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . فان كانت المحاكم الأهلية هى المختصة طبقت

---

(١) انظر قبله ٣٥٢ .

الشريعة التى كان يخضع لحكمها الطرفان وقت انعقاد الزواج[1] . مع ملاحظة أن الغالب فى تغيير الدين يحصل بالتحول الى الاسلام .

٥١٠ — أما الباب الرابع فى هذا المرسوم فخاص بمحكمة تنازع الاختصاص وطالما تاق المشتغلون بالقانون فى مصر الى انشاء هـذه المحكمة العليا كى تفصل فى المنازعات حول الاختصاص وما يترتب على ذلك من التضارب بين أحكام الجهات القضائية المختلفة . والواقع أننـا اذا سلمنا حتما بضرورة وجود هيئـات قضائية مختلفة فى البلاد فلا مناص من ايجاد هيئة عليا تفصل فى منازعاتها مع بعضها البعض . ولقد تحقق ايجاد هذه الهيئة فى المرسوم الأخير اذ جعل من محكمة النقض كلها ! ! محكمة تنازع اختصاص ، ومن المعلوم أن تأليف محاكم تنازع الاختصاص يكون عادة مختلطا ، فيمثل كل هيئة متنازعة عدد معين من الأعضاء مع ايجاد حكم مرجح ، ولـكن يظهر أن واضعى المرسوم وجدوا أن من الأصوب جعل محكمة النقض محكمة تنازع اختصاص فتخطوا بذلك صعوبة تأليف محكمة التنازع على وجه مرض فى نظرنا . كما أنهم بسطوا الاجراءات الواجبة الاتباع

---

(١) ولـكن هل اذا قضت المحـكمة الشرعية وفقا لأحكام الشريعة الغراء ورفع الأمر فيما بعد لمحـكمة النقض منعقدة بهيئة محكمة تنازع اختصاص ، تطبق هذه المحـكمة القاعدة السالفة وعندئذ تأمر بايقاف تنفيذ الحـكم الشرعى ؟ ؟ يخيل الينا أن الاجابة الصحيحة هى فى احترام الحـكم الشرعى لأن تطبيق المحاكم الأهلية للشريعة التى كان يخضع لها الطرفان وقت انعقاد الزواج معقود بثبوت الاختصاص لهذه المحاكم ، ومعلوم أنه لا ولاية لها بشأن قضـايا الأحوال الشخصية متى كان أحد الطرفين مسلما . وعلى ذلك يكون الحـكم الذى أورده المشرع بشأن تغيير الديانة مقصور فى أهميته على حالة ما اذا كان تغيير الدين حاصـلا أثناء نظر الدعوى أما اذا كان حاصلا قبل رفع الدعوى فلا تظهر أهميته الا اذا كان تغيير الديانة هو فى الواقع تغيير للملة فحسب .

وفى الواقع أن موضع هذه المـادة فى التشريع منتقد لأنها عامة فى مؤداها وليست مقصورة على المحاكم الأهلية فقط .

أمام هذه المحكمة تيسيرا على المتقاضين (١) .

٥١١ — وخلاصة المرسوم المتقدم ابقاء الجهات القضائية المتعددة للفصل فى جانب من مسائل الأحوال الشخصية الأكثر مساسا بشخص الانسان

(١) وهاك نصوص المرسوم فى هذا الصدد « اذا رفعت دعوى الى محكمتين من المحاكم المنصوص عليها فى هذا القانون أو الى احدى هذه المحاكم ومحكمة شرعية ، فعلى آخر محكمة رفع اليها النزاع اذا ما رأت أنها أولى بالاختصاص والنظر فى المسألة المطروحة أن توقف الفصل فيها وترفع الأمر الى وزير الحقانية بتقرير موقع عليه من رئيس المحكمة ويشتمل على الأسباب التى تبنى عليها رأيها — ويرسل وزير الحقانية هذا التقرير من فوره الى المحكمة الأخرى التى يجب أن تصدر فى ميعاد خمسة عشر يوما قرارا بعدم اختصاصها أو بحقها فى الاختصاص وفى هذه الحالة الأخيرة يجب أن ترسل الى وزير الحقانية تقريرا مسببا بذلك وأن توقف سير الدعوى — فيبادر وزير الحقانية بارسال القرار الصادر بعدم الاختصاص أو القرار المسبب الصادر بالاختصاص الى رئيس المحكمة الأخرى — وفى الحالة الأولى تستمر هذه المحكمة الأخرى فى نظر الدعوى — وفى الحالة الثانية يجب عليها أن تنتهى الى الوزير — فى بحر ثمانية أيام من تاريخ وصول القرار المسبب — بما تراه ، فاما أن تسلم بعدم اختصاصها واما أن تعتزم رفع النزاع فى الاختصاص — واذا رفع النزاع فى الاختصاص على هذا الوجه أحاله وزير الحقانية الى محكمة النقض والابرام منعقدة بهيئة محكمة تنازع الاختصاص » (مادة ٢٢) .

اذا أصدرت محاكم الأحوال الشخصية حكما انتهائيا فى دعوى ، وكانت الدعوى عينها معلقة أمام محكمة أخرى من تلك المحاكم ، أو رفعت اليها فيما بعد ، يجوز لصاحب الشأن ، اذا قضت هذه المحكمة باختصاصها أن يرفع دعوى تنازع الاختصاص دون أن ينتظر حتى يكون قضاؤها نهائيا بعريضة مسببة توجه الى وزير الحقانية وترفق بها صورة رسمية من الأحكام (مادة ٢٣) .

اذا قضت محكمتان أو أكثر من محاكم الأحوال الشخصية بعدم اختصاصها ، فللخصوم أن يطلبوا الى وزير الحقانية — بعريضة مرفق بها صورة رسمية من الأحكام الصادرة — طرح هذه الأحكام الى محكمة تنازع الاختصاص — وكذلك الأمر فى حالة تناقض أحكام انتهائية صادرة من محكمتين أو أكثر من تلك المحاكم (مادة ٢٤) .

رفع الطعن الى محكمة تنازع الاختصاص يوقف حتما سير الدعاوى المعلقة أمام المحاكم المتنازعة أو تنفيذ الأحكام الصادرة منها بحسب الأحوال — وتقضى المحكمة نهائيا أى المحاكم المتنازعة أولى بالاختصاص أو أى الأحكام الصادرة واجب التنفيذ ، ويجوز لها بصفة استثنائية أن تأمر باتخاذ اجراءات تحفظية أو وقتية ويبلغ وزير الحقانية قرارها الى المحاكم ذات الشأن (مادة ٢٥) .

بعقـائده ، مع تنظيم هذه الهيئات تنظيما يكفل حسن سير العدالة كل هذا مع فصل جانب كبير من اختصاصها السابق ، وكذلك من اختصاص المحاكم الشرعية للمحاكم الأهلية التى ستطبق بشأنها بالنسبة للمصريين قواعد موضوعية ستصدر بقانون وعد به المشرع . ولا شك فى أن وضع هذا المرسوم موضع التنفيذ يقضى على كثير من المساوىء التى طالما شـكا منها الـكثير من أصحاب المصلحة ، فيعتبر من هذه الوجهة خطوة جريئة فى سبيل الاصلاح ، ولـكن لا يمـكن أن تغنى مطلقا عن الخطوة النهائية فيه وهى تنحصر فى توحيد كل جهات الاختصاص فى مصر وجعلها فى يد المحاكم الوطنية التى تطبق بالنسبة للأكثرية فى مسائل الأحوال الشخصية قانونا عصريا مستمدا من مذاهب الأحكام الأربعـة فى الشريعة الاسلامية بمـا يوافق روح العصر الحاضر ومقدار التطور فى الجمـاعة المصرية [1] ، فاذا كان فى بعض هذه الأحكام مخالفة لمـا هو متبع ومقبول عند بعض الطوائف غير الاسلامية فليس هناك ما يمنع مطلقا من اضافة هذه الأحكام الاستثنائية فى ذيل المواد الرئيسية على نمط التشريعات الأوروبية التى تحترم عقائد الأقليات الدينية فى بلادها [2] ، فتعرف بذلك الأحكام بالنسبة للجميع ويتوحد الاختصاص والقانون على الوجه الذى يتوقه جميع راغبى الاصلاح فى البلاد ، وتنتظم بذلك العـدالة فى جميع نواحى العلائق القانونية فتسقط دعوى المـكابرين التى لحتها أننا غير أهل لتحقيق العدالة فى شئوننا فـكيف يسوغ لنا طلب الاضطلاع بأعباء العدالة فيما يتعلق بحقوق الأجانب [3] .

ففى انتظار تحقيق هـذا الاصلاح الذى نقول به علينـا أن نتحمل كل مساوىء الحالة القائمة فى الوقت الحاضر ، ومؤداها كما أشرنا الى ذلك مرارا ضياع الحقوق وانتهاك حرمة العدالة فى أسمى العلائق المتعلقة بشخص الانسان ، فتظل

---

(١) وهذا ما وعدت به خطبة العرش فى جلسة افتتاح البرلمان يوم ٢٣ مايو ١٩٣٦ .

(٢) كما هى الحال فى يوجوسلافيا وبولونيا وبلغاريا .

(٣) راجع مقالنا « المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية » ٨٣٢ .

كل جهات الاختصاص السابقة ممتعة بما لها من ولاية ، وتعتدى كل منها على الأخرى حسب ما يتراءى لها . وبجانب هذه الهيئات توجد المحاكم القنصلية لنظر هذا النوع من العلائق اذا ما تعلق بأحد رعاياها وكان الخصوم متحدى الجنسية أو كان المدعى عليه ، على الأقل ، منتسبا اليها جنسية ، وذلك تطبيقا لقاعدة أن المدعى يسعى وراء المدعى عليه . وعلى هذا الأساس نفسه تنظر المحاكم الشرعية القضايا المرفوعة على المسلمين ولو كان رافعها أجنبيا من رعايا الدول الممتازة . أما الأجانب غير الممتازين فلا توجد لهم محاكم قنصلية .

وقام الخلاف حول الجهة التى يرفع اليها أمر النظر فى دعاويهم ، والغالب أنها ترفع أمام محاكم بلادهم ، ولكن هناك من يقول بجواز رفعها أمام المحاكم الشرعية لأنها بمثابة محاكم القانون العام فى مصر فيما يختص بنظر هذا النوع من المنازعات . والواقع أن المحاكم الشرعية ، رغم تعديل لائحة ترتيبها مرات متكررة ، لا تعرف حتى اليوم حدود اختصاصها بطريقة دقيقة ، بل على العكس فان هذا الاختصاص محاط بالغموض مما يترتب عليه أحيانا صدور أحكام قد لا ترى التنفيذ يوما من الأيام وبخاصة اذا ما تعارضت مع أحكام صادرة من المحاكم الأهلية . هذا بالنسبة للاختصاص ، أما بالنسبة للقانون الذى تطبقه فهو دائما الشريعة الاسلامية ولو كان المتقاضون ليسوا بمسلمين ، اذ من المعلوم أن المحاكم الشرعية تقضى باختصاصها بالنظر فى قضايا غير المسلمين اذا ما اتفقوا [(١)] على الاحتكام اليها وذلك عملا بمبادىء الشريعة الغراء ، فتقضى هذه المحاكم فى منازعاتهم وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية فتجيز طلاقهم وان خالفت بذلك

---

(١) كما أن هذه المحاكم تختص بنظر قضايا غير المسلمين فى حالة اختلاف الملة ، سواء كان هذا الاختلاف موجودا وقت العمل القانونى (كالزواج مثلا) أو لاحقا بأن يكون أحد طرف النزاع قد تحول الى ديانة أو مذهب آخر قبل رفع الدعوى أمام المجلس الملى . وانما اذا كان التغيير قد تم فى أثناء نظر الدعوى فان المجلس يقضى عادة ببقاء اختصاصه قائما ولا يمكن أن تسلم بذلك المحاكم الشرعية . أما قيمة هذا الحكم الشرعى أمام المحاكم المدنية فمشكوك فيه على الأقل . قارن أبو هيف بك ٧٢٦ — ٧٢٧ .

شرائعهم الدينية . و ينجم عن هذا القضاء اشكالات لا حد لها ، مما اضطر المشرع المصرى الى التدخل فى سنة ١٩٣١ مانعا المحاكم الشرعية من سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق [١] . و يمكننا أن نقرر أن هذه القاعدة تعتبر ضمن قواعد تنازع قوانين ، وأنها دخلت عند القضاة الشرعيين عن طريق غير مباشر هو طريق منع سماع الدعوى .

وقد حصل التساؤل حول الجهة المختصة بنظر دعاوى الأحوال الشخصية للأجانب الذين لا جنسية لهم ، فقيل باختصاص المحاكم الشرعية باعتبار أنها محاكم القانون العام ، ولكن نازعت المحاكم المختلطة فى هذا الادعاء ، ونصبت من نفسها محاكم أحوال شخصية بالنسبة للروس القدماء مخالفة بذلك النصوص الواردة فى لائحة ترتيبها . وانتهت الى تقرير هـذا الاختصاص عن طريق القول بأن المشرع المختلط ، بانشائه المحاكم المختلطة ، قد أراد حماية الأجانب من القضاء الوطنى فيما يتعلق بأحوالهم الماليـة ، فيمكن التقرير اذن من باب أولى أنه قصد أيضـا حمايتهم من هذا القضاء نفسه فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية . هذه هى الحجة الأساسـية للمحاكم المختلطة ، وظاهر أنها واهية وصناعية اذ أن المشرع المختلط لم يفكر قط فى جعل المحاكم المختلطة محاكم أحوال شخصية كما يتبين جليا من نصوص المجموعة المختلطة ولائحة الترتيب المختلطة ، ومع ذلك يظهر أن المحاكم المختلطة رأت أن قولها بالاختصاص للمحاكم الشرعية يؤدى فى النهاية الى تطبيق الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية لهؤلاء الأفراد ، ومن المعلوم أن هذه الشريعة غير متجانسة فى الكثير من الأحيان مع أحكام التشريعات الوضعية ، لذلك عمدت المحاكم المختلطة الى القول بالتحايل السابق . وفى اعتقادنا أنه ربما كان من الأولى القول بأن هؤلاء الروس وان كانوا قد فقـدوا جنسيتهم الا أنهم لم يفقدوا دياناتهم ، لذلك يخضعون فى أحوالهم الشخصـية لقوانين دياناتهم أسوة بأهل البلاد ، وليس فى اتباع هذا الرأى أية غضاضة عليهم اذ يجرى

---

(١) انظر قبله ٢٦٠ وهامش (١) .

القضاء فى الخارج على العمل بقانون موطنهم أو قانون محل اقامتهم ، ولكن لما كان هذا القانون موجودا فى مصر تحت اسم قانون الملة فانه يعمل بهذا القانون ، ويرفع النزاع الى المجلس الملى الذى يختص بنظره ما دام الطرفان متحدى الملة وليسا من الأجانب أصحاب الامتيازات الذين تختص بشأنهم المحاكم القنصلية . فاذا لم يوجد مجلس ملى مختص على الأساس السابق وجب رفع النزاع الى المحاكم الشرعيــة التى تطبق حتما الشريعة الاسلامية ، وليس لهؤلاء الأشخاص أن يتضرروا من هذه المعاملة اذ أنها نتيجة حتمية لتوطنهم فى مصر . هذا واذا أخذنا بأحكام المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ السابق الاشارة اليه فان الاختصاص يكون للمحاكم الأهلية التى تطبق عليهم وفقا للأساس السابق القانون الذى تعهد المشرع باصداره . أما اذا كان هؤلاء الروس من المسلمين فلا خلاف فى أن المحاكم الشرعية هى التى تختص بشأنهم [1] .

٥١٢ — ولنرجع الآن للكلام على الديانة من حيث هى . فالديانة تكتسب عادة بالميلاد عن الأب [2] . ويمكن تغييرها باختيار ديانة أخرى ، وان كان ذلك نادرا فى العمل لأن الأشخاص لا يحملون أنفسهم مشقة البحث فى مزايا الأديان الأخرى ، فكل منهم يشب على دين الظروف وهو دين عائلته . وعلى أية الأحوال فاذا أراد شخص تغيير ديانته بعد بلوغه سن الرشد ، لسبب من الأسباب ، يمكنه ذلك اذ حرية الاعتقاد مطلقة فى مصر بنص الدستور (المادة ١٢ من دستور سنة ١٩٢٣) وليس هناك سوى اتباع اجراءات خاصة بالعلانية . وتتلخص هذه الاجراءات فى تقديم طلب الى جهة الادارة فى البلد الذى يقيم فيه

---

(١) وغنى عن البيان أن المحاكم المختلطة ليست محاكم أحوال شخصية بصفة أصلية بالنسبة للأجانب غير الممتازين ، فاذا فصلت فى أحوالهم الشخصية فهى تفعل ذلك بصفة فرعية incidente بالنسبة للمسألة الأصلية المالية التى تكون مطروحة أمامها . وجدير بنا هنا أن تنوه بفضل صاحب الدولة على ماهر باشا فى اخراج القانون السالف الى حيز الوجود وان كان مصيره الآن موضع شك وجدل .

(٢) انظر كتاب المرحوم الشيخ محمد زيد بك الأحكام الشرعية ١ . ١٧٥ — ١٧٦ ويعتبر اللقيط فى مصر مسلما . الزينى . ٥٣٩ — ٥٤٠ .

الشخص فيقوم ممثل الحكومة هناك بسؤاله عن مقدار معلوماته فى ديانته الجديدة ، وعن كونه مدركا لخطورة ما هو مقبل عليه ، فاذا تم ذلك أرسل فى طلب رئيس الديانة التابع لها الشخص لكى يقنعه بالتى هى أحسن وقلما يقتنع فى العادة ، فيحرر محضرا . فاذا كان المرتد يريد الاسلام يحول المحضر على المحكمة الشرعية لعمل الاشهاد .

ونوجه الأنظار الى أن هذه المبادىء السالفة سارية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين وهذا مناف لأحكام الشريعة الغراء ، اذ تقرر جزاءات هائلة على من تركها فلا تعترف له بديانته الجديدة [١] ، أى لا تقره عليها ، وتعليل ذلك هو أن الديانة الاسلامية تعتبر ناسخة لسائر الأديان الأخرى ، وبالتالى تفضلها فلا يقر المسلم بعد اعتناقها ومعرفة مزاياها على اختيار ديانة أخرى . وعلى العموم فمن المعتاد أن ترتب الشرائع السماوية الأخرى جزاءات كبيرة على من تركها .

٥١٣ — فاذافرض أن تم تغيير الديانة فما هى آثاره ؟ لتغيير الديانة آثار هامة ، فالمسلم الذى يعتنق ديانة أخرى تنفصل عنه زوجته المسلمة [٢] لأن فى بقاء الزوجية مخالفة للنظام العام فى مصر . فالمسلمة لا تخضع لغير المسلم لأنها أقوى منه عقيدة ، ولكن غير المسلمة (الكتابية) تخضع للمسلم للسبب عينه ، وهو رئيس العائلة ، فان كانت زوجة المسلم مسيحية وارتد الزوج الى ملتها فالزوجية قائمة فى نظر المجلس الملى ولكنها لا تعتمد عند المحاكم الشرعية ، ويجب أن يكون الحكم كذلك عند سائر الهيئات القضائية احتراما لاعتبارات النظام العام [٣] . أما اذا اعتنق غير المسلم الاسلام ، أصبحت له كل حقوق المسلمين ، فان كان زوجا جاز له طلاق زوجته وجاز له أن يعدد من زوجاته فى حدود الشرع الشريف . وتخضع له

---

(١) انظر الزينى . ٦٤١ .

(٢) كذلك لا يتبعه أولاده القصر بخلاف ما اذا كانت زوجته هى التى أسلمت فيتبعها هؤلاء الأولاد .

(٣) أى أنه يؤخذ بكل الآثار المدنية المترتبة الردة على دون الآثار المتعلقة بشخص المرتد احتراما للحرية المقررة بالدستور . انظر الزينى . ٤٥٢ .

زوجته المسيحية ويكون له عليها حق التأديب الشرعى . ولا يمكن أن تفصل بينهما لا بطركية ولا قنصلية اذا كانت الزوجة أجنبية فى الأصل . ورأينا عند الكلام فى تنازع القوانين فى مصر أن تغيير الديانة يولد اشكالات مختلفة [١] .

٥١٤ — فاذا كان تغيير الديانة حاصلا عن طريق الغش رغبة فى التهرب من تطبيق أحكام الشريعة الدينية التابع لها الشخص ، كمن يسلم رغبة فى طلاق زوجته ، أو التهرب من تقديم (بائنة) دوطة لابنته اليونانية وفقا للقانون اليونانى كان من اللازم أن لا ينتج اسلامه أثرا فى هذا الشأن اذا ما ثبتت نية الغش ، ولكن قضت محكمة النقض المصرية أخيرا بعدم جواز البحث وراء نية الأشخاص والاكتفاء بالظاهر [٢] .

---

(١) انظر مقالنا فى « تغيير الديانة وآثاره » مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة ٣٠١ وما بعدها . وهذا الكتاب ٣٥٢ . وبالنسبة لتأثير تغيير الديانات الأخرى . مؤلف الأستاذ الزينى ٥٤٥ — ٥٤٧ .

(٢) قارن حكم محكمة النقض السابق الاشارة اليه ٣٥٢ وحكم المادة ٢١ من مرسوم الأحوال الشخصية لغير المسلمين وقبله ٢٤٧ . وقارن ارمنجون فى مقاله . المجلة ١٩١٢ . ١٠٢٩ — ١٠٤٦ .

الكتاب الرابع

في

حالة الأجانب

الفصل الأول

مبادىء عمومية

٥١٥ — ما دامت الجمهورية العالمية التى تخيلها الفلاسفة بعيدة التحقيق فانه لا مناص من التميز بين الوطنيين والأجانب فى التمتع بالحقوق . فينظم تشريع كل دولة القدر المناسب من الحقوق الذى يسمح للأجانب بالتمتع به ، اذ الأصل أن يتمتع الوطنيون بحقوق أوسع من الأجانب ، كما أنهم يتحملون تبعات أكثر [1] . ولا شك فى أن تميز الوطنيين على الأجانب أمر معقول ، وليس لهؤلاء أن يتضرروا من ذلك ما دام التمييز لم يقصد به مجرد التعنت أو الارهاق .

---

(١) وقد قام الخلاف حول معرفة ما اذا كانت كل دولة ملتزمة بالاعتراف للأجانب فيها بجانب من الحقوق المدنية والعامة على الأقل . والرأى السائد يقول بضرورة الاعتراف بنصيب واف من هذه الحقوق والا اعتبرت الدولة خارجة على المجتمع الدولى . وأساس هذا الالتزام أحكام القانون الدولى العام (انظر Fauchille . ٩٢٧ ومقال Scelle فى مجلة القانون الدولى العام ١٩٢٧ . ٤٩٤ وWeiss . ٢ المقدمة) . وتدعم حقوق الأجانب عن طريق عقد معاهدات . ولها تاريخ قديم ومن أهم الشروط التى ترد فى المعاهدات الحديثة شرط الأمة الأكثر رعاية la clause de la nation la plus favorisée وشرط المساواة la clause de l'égalité . والقاعدة أن تسوى الدولة بين رعايا كل دولة فيجب أن لا تميز بينهم على أساس اختلافهم فى الدين مثلا . ومن المتفق عليه أن لا يتمتع الأجنبى بحقوق أكثر من الوطنى ، فاذا نزعت دولة ملكية الأراضى فيها رغبة فى تحقيق اصلاح توزيع الأراضى réforme agraire فليس للأجانب أن يطلبوا معاملة استثنائية عن التى يعامل بها الوطنيون (راجع موسوعة القانون الدولى . ٨ . ١٤) . ولا تسوغ معاملة الأجنبى على وجه أحسن من الوطنى الا فى الأحوال الاستثنائية البحتة التى تقضى بها قواعد القانون الدولى العام . وسنرى أنه وفقا لنظام الامتيازات السارى الآن فى مصر يتمتع الأجانب بحقوق أكثر من الوطنيين مع أن نشأة هذا النظام تثبت أن المراد حرمانهم من التمتع بمزايا النظم الاسلامية المقصورة على المسلمين دون غيرهم . قارن رسالة أبو خاطر « مركز الأجانب فى سوريا ولبنان » . باريس ١٩٣٣ . ٤ وقارن Pillet-Niboyet . ٢٩٧ — ٢٩٨ حيث يقرر أن هناك حد أدنى لحقوق الأجانب ، أما أمر تنظيم هذه الحقوق فمن اختصاص المشرع الداخلى وأنه تجب التفرقة بين حقوق الأجانب وحقوق الأقليات .

كما أنه فى وسعهم أن يقفلوا راجعين الى ديارهم لكى يجدوا أنفسهم فى مركز ممتاز بالقياس الى الأجانب الآخرين .

٥١٦ — فالمقصود اذن من دراسة حالة الأجانب هو بيان الحقوق التى يتمتع بها هؤلاء بموجب تشريع الدولة التى يوجدون فيها . ولقد بينا فى مقدمة هذا الكتاب العلاقة بين حالة الأجانب وتنازع القوانين [١] ، ومن الملاحظ ازدياد النصوص القانونية المنظمة لحالة الأجانب ، اذ أظهر المشرعون فى مختلف البلاد نشاطا فى هذا التنظيم فوضعوا أسسا جديدة تتفق مع الأفكار الحديثة وتغير الظروف العالمية بعد الحرب . ولا يمكننا أن نوضح هنا كل ما يتعلق بهذه الحركة التشريعية ، بل نكتفى بأن نقرر أنهما تتجه فى سبيل التشبيه بين الوطنيين والأجانب فيما يتعلق بالحقوق الخاصة . وأقول التشبيه لا التسوية ، اذ تستثنى أكثر التشريعات تسامحا بعض الحقوق الخاصة فتقصرها على الوطنيين دون الأجانب . وهذه الاستثناءات طبيعية لأنه يقصد بها عادة مراعاة مصلحة الدولة والمحافظة على كيانها .

---

(١) انظر قبله ٤٣ — ٤٦ والمقصود هنا دراسة الحقوق التى يباح للأجانب اكتسابها أما كيفية استعمالها exercice فهى مسألة متعلقة بتنازع القوانين . قارن دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ٢٨٥ حيث يقرر نقلا عن Weiss أن المراد فى الحقيقة معرفة الحقوق التى يخول للأجنبى التمتع بها اذا ما ثبتت له أولا وفقا لأحكام قانونه ثم بعد ذلك وفقا لأحكام القانون الاقليمى ، فاذا فرضنا أن ايطاليا لا يتمتع بحق الطلاق وفقا للقانون الايطالى فلا يسوغ للقانون الفرنسى أن يعطيه هذا الحق مخالفا بذلك أحكام التشريع الايطالى . فنقطة البداية اذن هى التشريع الأجنبى وللتشريع الاقليمى الحق فى ايجاد القيود لا فى التوسع . وعلى ذلك لا تعتبر دراسة حالة الأجانب مسألة سابقة على دراسة تنازع القوانين بل تعتبر مسألة لاحقة ، انظر Weiss . ١ . ٢٥١ . والواقع أن مسألة حالة الأجانب يمكن أن تعتبر ضمن مسائل تنازع القوانين من الوجهة النظرية على الأقل ، اذ يحصل التساؤل عن معرفة القانون الذى يحدد حالة الأجنبى هل هو قانونه وبذا يحل التنازع ويرتفع دون أية صعوبة . وعلى هذا الأساس تجرى كتب الفقه الألمانى على دراسة حالة الأجانب ضمن دراسة تنازع القوانين . ولذا يرى البعض فى فرنسا وجوب قصر دراسة حالة الأجانب فى مؤلفات القانون الدولى الخاص على الحالة المدنية دون غيرها .

٥١٧ — ومن المتفق عليه أن الأجانب محرومون من التمتع بالحقوق السياسية [1] لأنهم ليسوا أعضاء فى الجماعة التى يعيشون فى كنفها ، فليس لهم أن ينتخبوا ولا ينتخبوا ، كما أنه لا سبيل لهم الى وظائف الدولة ، أما بالنسبة للحقوق العامة فانهم يتمتعون بها عادة أسوة بالوطنيين ولكن بقيود أشد والواقع أن الحقوق العامة حقوق طبيعية ، فللأجانب حق الاقامة والتنقل والعقيدة والاتجار [2] . . . الخ ويتدخل المشرعون عادة لتنظيم هذه الحريات أو بعبارة أخرى لبيان كيفية استعمال هذه الحقوق . ومن المعتاد وضع قواعد شديدة بالنسبة للأجانب . فلا تتاح لهم السكنى فى جهات معينة (كالجهات القريبة من الحصون والحدود) ، كما أنه يلزمهم اذا انتقلوا من جهة الى أخرى أن يخطروا البوليس ، حتى يكون على بينة من أعمالهم ، وتستلزم أغلب التشريعات بهذه المناسبة أن يحمل الأجانب تذكرة لاثبات الشخصية [3] carte d'identité خلاف جواز السفر . وعلى العموم فان هذه القيود ترمى فى الواقع الى التأكد من أن هذا الأجنبى ليس خطرا على سلامة الدولة أو رعاياها . وكذلك تبيح التشريعات تسليم المجرمين الأجانب ، كما أنها تجيز ابعادهم لما فى وجودهم من خطر على أمن

---

(١) الا أنهم فى الجمهورية الأرجنتينية يتمتعون بنفس هذه الحقوق بشروط خاصة . (انظر Pillet-Niboyet . ٢٩٩ . هامش (١) .

(٢) وما يتمتع به الأجانب من حقوق عامة ينحصر فى ضرورة الاعتراف للأجنبى بالشخصية بمعنى أن يكون أهلا للحقوق التى تستلزمها شخصيته الذاتية كأجنبى (موسوعة القانون الدولى . ٨ . ٣١ — ٣٢) ويشمل هذا الاعتراف الأشخاص المعنوية على تفصيل سنعود اليه فيما بعد . وعلى العموم للأجنبى التمتع بحريته الشخصية ولا يمنع ذلك حق الدولة فى ابعاده ومراقبته اذا كان خطرا على الأمن والنظام فيها . والاعتراف له بالحرية الشخصية يتضمن الاعتراف له بحرية العقيدة والفكر ، كما أن له الاستفادة من الخدمات العامة كالمستشفيات والملاجىء وكذلك المدارس الالزامية (قارن Pillet-Niboyet . ٢٩٩ — ٣٠١) .

(٣) وقد اتخذتها بعض الحكومات وسيلة لارغام الأجانب على دفع ضرائب مالية . فلا تسلم هذه التذكرة الا نظير رسم مرتفع . وظاهر أن هذه الضريبة هى فى الواقع ضريبة رؤوس Capitation ولا تغنى هذه التذكرة عن جواز السفر passeport .

الأفراد . وغنى عن البيان أن اجراءات التسليم والابعـاد لا تتخـذ فى مواجهة الوطنيين .

ومن الجهة الأخرى فان المشرع الوطنى [١] قد يحرم على الأجانب احتراف مهن معينة كالمحاماة والطب والصيدلة ، والسمسرة فى البورصة والصيد فى الميـاه الاقليمية واستغلال المناجم . . . الخ ومن الملاحظ فى هذا الصدد أن الدول تخفف من حدة مثل هذه القيود عن طريق عقد معاهدات تبادلية .

والخلاصة أن الأجانب يتمتعون بالحقوق العامة فى حدود القيود التى يراها المشرع ، كما أنهم يتمتعون بالحقوق الخاصة مع مراعاة الاستثناءات التى تقتضيها مصلحة الدولة [٢] ، ولـكنهم محرومون على أية حال من التمتع بالحقوق السياسية .

٥١٨ — ولم تصل التشريعات الى تقرير هذه الحقوق السالفة للأجانب طفرة واحدة بل سارت فى سبيل التـدرج . والتطور التشريعى فى هذا الصدد جدير بالاعتبار ، اذ كانت التشريعات القديمة تعتبر الأجنبى متطفلا لتركه بلاده الى غيرها ، لذلك نظرت اليه بعين الشك والارتيـاب ، فعومل معاملة قاسية ، ومعلوم أن الرومان لم يرضوا تطبيق الـ Jus civile على الأجانب بل وضعوا لهم قانونا آخر هو الـ Jus gentium أو قانون الشعوب خلاف قانون الأمة الرومانية

---

(١) وتجرى بعض التشريعات على أن تبيح للأجانب احتراف حرف معيـنة اذا أخذوا ترخيصا بذلك ولا يعطى هذا الترخيص الا نظير جعل معين . كما أن بعض التشريعات قد تحرم على صنف معين من الأجانب الاحتراف بالصناعة فيها وتذكر على سبيل المثال الولايات المتحدة التى تحرم على العمال الصينيين واليابانيين العمل فيها نظرا لقبولهم أجور طفيفة . قارن Valéry ٣٥٣ — ٣٥٥ .

(٢) ومبدأ التسوية فى المعاملة بالنسبة للحقوق الخاصة بين الأجانب والوطنيين معمول به فى أغلب التشريعات الحديثة . انظر Pillet-Neboyet . ٣٠٤ . هامش (١) ومما هو جدير بالملاحظة فى هـذا الصدد أن التشريعات الحديثة اعتادت أن تتشدد فى معاملة الأجانب عقب الحرب العظمى مباشرة ، ولـكن سرعان ما اختفت هذه الموجة العدائية وبخاصة عقب مؤتمر باريس الذى عقد فى سنة ١٩٢٧ انظر بعده ٦٢٩ .

الذى كان وقفا على الرومانيين . وقد جاء قانون الشعوب حاويا لقيود كثيرة مقررا عدم أهليــة الأجانب لاكتساب كثير من الحقوق الخــاصة ، فلما أن ظهرت المسيحية سوت بين المسيحيين جميعا (١) . ومع ذلك فان مبادئها قد تعطلت بفضل النظام الاقطاعى . فكان السادة الاقطاعيون ينظرون الى الأجانب كالغنائم ، ومن هنا أطلق على الأجنبى لفظة aubain ، فحرموه من التصرف فى أمواله بطريق الوصية ، كما أنه اذا توفى نصب السيد الاقطاعى نفسه وارثه الوحيد بل وأكثر من هذا فان تحكمهم فى الأجانب شمل حتى أشخاص نسائهم فى بعض الأحوال (٢) . ولا غرابة فى قسوة هذه المعاملة اذا راعينا سوء معاملة الوطنيين أنفسهم فى ذلك العهد . وعند ما ظهرت الملكية أخذت على عاتقها حماية الأجانب وتحسين حالتهم ، فبدأ تعسف السادة الاقطاعيين فى الزوال ، واقترن ذلك بنشاط التجارة والتعامل ، وبخاصة بعد اكتشاف امريكا ، فبدأ الناس ينظرون الى الأجانب نظرة اعتبار لما فى وجودهم من خيرات ، ولما عادت به التجارة عليهم من نفع وثراء ، وهكذا تبدلت الأحوال رويدا رويدا وأصبح الأجانب يتمتعون بحقوق متزايدة . ولكن لم تصف هذه الحال الجديدة دائما بل عكرتهـا الحروب التى نشبت فى أوروبا ، فاستدعت النظر الى الأجانب كأعداء محاربين فصودرت أموالهم وامتهنت أشخاصهم ما أمكن . واستمرت الأمور على هذا النحو حتى اندلاع لهيب الثورة الفرنسية ، فتقررت بها مبادىء جديدة أخصها احترام حقوق

---

(١) ولذا يمكن أن تعتبر حالة الأجانب مرضية فى غضون القرون الوسـطى وحصل فى المدن الايطالية القـديمة أن اعتادت الأسر الكبيرة اختيار حكام المدن من الأجانب سدا للذرائع فيها . Valéry . ٣٤٣ وبالنسبة لحالة الأجانب فى فرنسـا فى ذلك الوقت يراجع Surville . ١٩٤ .

(٢) فيما يتعلق بمركز الأجانب فى هـذا العهد راجع Valéry . ٣٤٤ — ٣٤٥ حيث يقرر أن مركز الأجانب بدأ فى التحسن منذ القرن السادس عشر حيث يذكر شعر Voltaire فى هـذا الصدد . وقد ألغى النظام السابق فى فرنسا بقـانون سنة ١٧٩١ راجع دروس Lévy-Ullmann ١٩٣٥ . ٢٩٥ وكذلك Weiss ٢٠ . ٥٨ وما بعدها .

الانسان وطنيا كان أو أجنبيا (١) . وأتت مجموعة نابليون بأحكام جديدة فيما يتعلق بحالة الأجانب ، اذ قضت على أنواع كثيرة من عدم الأهلية التى كانت مقررة فى القانون القديم ، وبالجملة فانها حسنت من حالة الأجانب الى حد كبير . وقررت المادة ١١ م . ف . أن الأجنبي يتمتع فى فرنسا بنفس الحقوق المدنية التى يتمتع بها الفرنسيون فى بلده بموجب المعاهدات . وظاهر أن هذا النص يضع مبدأ جديدا فى تقريره أن معاملة الأجنبي انما تكون على أساس التبادل السياسى la réciprocité diplomatique والمراد بالمعاهدات ، المعاهدات التى عقدتها فرنسا مع دولة الأجنبي ، كما يقصد بها أيضا المعاهدات التى عقدتها فرنسا مع الدول الأخرى فيستفيد منها الأجنبي وفقا لشرط الأمة الأكثر رعاية المعتاد وجوده فى المعاهدات (٢) . ولقد قام خلاف كبير حول حالة الأجانب الذين لم تدخل دولهم مع فرنسا فى معاهدات . ولقد سمى هؤلاء الأجانب بأنهم عاديون ordinaires على العكس من الآخرين الذين نظمت حالتهم بمعاهدات ، اذ يعتبرون أجانب متميزين priviligiés . وعلى العموم فان المعاملة المقررة للعاديين تبعد كثيرا عن المعاملة التى كانت سائدة فى عهد القانون القديم ، وتقرب من معاملة الأجانب

---

(١) انظر Surville . ١٩٧ و Weiss ٢٠ . ٧٩ — ٨٥ حيث أورد الأسباب التى دعت الى الغاء الاجراءات الشديدة التى كانت متبعة بالنسبة للأجانب .

(٢) ولا شك أن فى اتباع هذا النظام جعل الأجانب العاديين فى مركز سيء . وقد اقترح فى أثناء وضع المجموعة المدنية الفرنسية وجوب معاملة الأجانب وفقا لنظام التبادل التشريعي أى أن الايطاليين فى فرنسا مثلا يتمتعون بنفس الحقوق التى يبيحها التشريع الايطالى للفرنسيين فى ايطاليا . ولكن لوحظ أن الأخذ بذلك النظام معناه فى الحقيقة اخضاع المشرع الفرنسى لهوى التشريع الايطالى . قارن Pillet-Niboyet . ٣٠٣ وانظر كذلك Surville ١٩٨ وما بعدها حيث يقرر أن واضعى المجموعة المدنية لاحظوا أن التشريعات الأجنبية لم تكترث بمسلك المشرع الفرنسى وتخفيفه الاجراءات الشديدة التى كانت متبعة فى مواجهة الأجانب بل ظلت على حالتها الأولى فى جعلها مركز الأجنبي سيئا بالنسبة للمواطنين ، ولذا استلزم واضعو المجموعة المدنية معاملة الأجنبي على أساس التبادل الديبلوماتى . ولقد أثار نص المادة ١١ م . ف . الخلافات وتجدها مفصلة فى المرجع السابق بما فيه الكفاية .

المتميزين . والواقع أن المجموعة المدنية الفرنسية قد بدأت عهدا جديدا فى تنظيم حالة الأجانب ، سارت على نمطه التشريعات اللاتينية الأخرى ، فمنها ما قرر التبادل التشريعى أو الواقعى ، أى أن الأجانب يعاملون على أساس المعاملة التى يقول بها تشريع بلادهم ، أو المعاملة المتبعة فعلا هناك . ولكن هناك دولة ظلت محافظة على المبادىء الاقطاعية ، وهى انجلترا فكان الأجانب فيها الى عهد قريب جدا محرومين من التمتع بكثير من الحقوق الخاصة كتملك العقارات مثلا أو استئجارها الا لمدد معينة ، ولكن الحال فيها تغيرت أيضا قبل الحرب فتقرر للأجانب أن يتمتعوا بحقوق مختلفة فصاروا فى مركز لا يقل عما هو مقرر فى التشريعات اللاتينية [1] .

٥١٩ — فالحاصل فى الوقت الحاضر أن هناك تشابها بين التشريعات المختلفة فيما يتعلق بالحقوق التى يسمح للأجانب التمتع بها . وهذا التشابه لا يمنع من وجود اختلافات بينها ، ترجع الى تباين ظروف كل دولة فالاشتراك مقصور على المبادىء الرئيسية ، ولكنه ليس حتميا بالنسبة للتفصيلات . فليس من المعقول اذن أن تعمد دولة فى الوقت الحاضر الى حرمان الأجانب من التمتع بالحقوق الخاصة قاطبة ، اذ لو فعلت خرجت بذلك من عداد الدول المتمدينة . لذلك من المتعارف بين الدول أن تعترف كل منها فى تشريعها الخاص للأجانب بجانب أقل minimum من الحقوق ، يجوز لها أن تتعداه الى أكثر سواء بنصوص تشريعية أو بمعاهدات ، ولكن ليس لها أن تقلل منه أو تحده والا ارتكبت عملا عدائيا ازاء الدول الأخرى . ويتضح مما تقدم انه فيما يتعلق بتنظيم حالة الأجانب تنظيما تشريعيا داخليا ، لابد من مراعاة قواعد القانون الدولى العام

---

(١) راجع Dicey . ٢٠٧ — ٢١١ ويكاد يكون مركز الأجنبى فى الوقت الحاضر فى انجلترا بالنسبة للحقوق موازيا لمركز الوطنى .

فى هذا الصدد ، وأن تنظيم حالة الأجانب ليس مسألة داخلية صرفة [1] .

٥٢٠ — وقد أدت الاعتبارات السالفة أن سعت الدول الى عقد المؤتمرات العالمية للنظر فى أحسن وسائل لتنظيم حالة الأجانب ، فأثيرت المسألة فى المؤتمر الاقتصادى بجنيف فى مايو سنة ١٩٢٧ وبحثت فيه من وجهة الضرائب المالية ، كما أنها أثيرت مرة أخرى فى مؤتمر باريس فى نوفمبر سنة ١٩٢٩ الذى نظر فى حالة الأجانب على العموم . ولم ينته هـذا المؤتمر الى وضع قرارات حاسمة فى الموضوع بل اكتفى ببيان بعض القواعد الأساسية التى يقوم عليها بحث تنظيم حالة الأجانب اذا ما أرادت الدول النظر فى هذا الموضوع مرة أخرى [2] . ولقد مثلت مصر فى هذين المؤتمرين وأبلى مندوبوها بلاءا حسنا فى اظهار مقدار الغبن الواقع على المصريين من بقاء نظام الامتيازات الأجنبية وما يترتب عليه من عكس الوضع الطبيعى للأمور اذ يجعل لطائفة من الأجانب حقوقا أوسع من حقوق الوطنيين كما سنرى [3] ، ومعلوم أن هؤلاء الأجانب يعرفون باسم الأجانب الممتازين les étrangers capitulaires .

ولا يترتب على الاعتراف بهذا المركز الشاذ سوى شل يد السلطات المصرية فى عملها واعاقة تقدم سير المدنية فى البلاد .

---

(١) قارن Fauchille . ٩٣٢ وكذلك رسالة Tenekidès المنونة « L'individu dans l'ordre juridique international » باريس ١٩٣٣ ومقال Vedroso . مجلة أكاديمية لاهاى ١٩٣١ .

(٢) والظاهر أن الروح العامة فى هذا المؤتمر كانت ترمى الى التقييد من الحقوق المقررة فى الوقت الحاضر للأجانب . انظر مشروع الاتفاق فى المجلة ١٩٣٠ . ٢١٨ ومختصر دالوز . ١٣٩ . وقد نجحت أغلبية دول أمريكا فى عقد اتفاق بشأن حقوق الأجانب وهو اتفاق هافانا ١٩٢٨ . مقال Alvarez المجلة . ١٩٢٨ . ٥٦١ .

(٣) راجع بحث الأستاذ مراد كامل بك باللغة الفرنسية ١٩٣٠ .

الفصل الثانى

فى

حالة الأجانب الممتازين فى مصر

٥٢١ — ليس هناك قانون مصرى شامل ينظم حالة الأجانب فى مصر، فاذا أردنا الوقوف على حالة هؤلاء كان علينا أن نرجع مبدئيا الى المعاهدات المقررة للامتيازات capitulations (١) . ويقصد بالامتيازات فى المعنى السياسى والقانونى « مجموعة الحقوق والميزات privilèges التى تتمتع بها أغلبية الأجانب فى مصر ، وبمقتضاها لا يخضعون للسيادة المصرية الا فى حدود مرسومة (٢) » .

٥٢٢ — وقد عقدت الدول المعاهدات الخاصة بالامتيازات مع الباب العالى فسرت على مصر باعتبارها جزءا من الامبراطورية العثمانية ، فلما انفصلت مصر عن تركيا فى ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ، ظلت الامتيازات سائدة فيها الى الآن وفقا للقواعد المقررة فى القانون الدولى العام بشأن ميراث الدول (٣) . ولم تنفذ معاهدات الامتيازات فى مصر على الوجه الذى اتبع فى تركيا ، بل تحورت فيها

---

(١) اذ أصلها اللاتينى Capitula ومفردها Capitulum أى الفصل Chapitre راجع Pélissié du Rausas فى مؤلفه Le Régime des Capitulations ١ : ١٠ و٢٣ وكذلك Ouang فى رسالته المعنونة Essai sur le régime des Capitulations en Chine جنيف ١٩٣٣ . ١ . — ٥ حيث يقرر أن المقصود بالامتيازات الاشارة الى الضمانات المقررة باتفاقات قارن بالنسبة لمركز الأجانب فى فرنسا Pillet-Niboyet . ٣٠٦ وما بعدها .

(٢) وفى هذا ما يدل على أن نظام الامتيازات استثنائى لمخالفته الأحكام السائدة فى سائر البلاد المعترف لها بالشخصية الدولية والتى يتمتع فيها الوطنيون والأجانب بحقوق موازية لما تقرره لدول الأخرى فى بلادها . وكان منطقيا ألا يحصل أى توسع فى هذا النظام الاستثنائى ولكننا سنرى أن هذا النظام قد انتفخ بفعل العادات والمجاملات .

(٣) وان كان البعض ينازع فى ذلك فقهيا . انظر مؤلف الأستاذ جنينه ١٤٨ وما بعدها .

واتخذت شكلا أكثر ازعاجا ، أو بعبارة أخرى أكثر امعانا فى امتهان السيادة الوطنيـة ، وذلك بفضل تسامح الحكومات المصرية فى القرن التاسع عشر ، فخرجت بذلك الامتيازات عن حدودها التى رسمت فى المعاهدات . والخلاصة أن تنظيم حالة الأجانب فى مصر ليس من اختصاص المشرع الوطنى وحده ، اذ يرتكز على اتفاقات سابقة فردية وثنائية لم يتخلص من قيودها حتى الآن . ومقتضى هذه الاتفاقات اخراج الأجانب المتازين عن السيادة المصرية فى أغلب مظاهرها[1] . ولذا قال عنها الأستاذ Du Rausas [2] ان الامتيازات لا تقرر نظاما بل تنظم حالة الأجانب بطريقة سلبية بحتة اذ تفوض لقناصلهم حق الحكم فى شئونهم .

ولقد هال الخديوى اسماعيل باشا سوء الحالة ففكر فى طريقة يكبح بها جماح الضعف الذى أصيبت به الحكومة المصرية ، فأناب وزيره نوبار باشا فى مفاوضة الدول ، واستقر الرأى أخيرا بعد مفاوضات طويلة استمرت ثمانى سنوات الى انشاء المحاكم المختلطة فى تطبيق مجموعات قانونية نقلت عن المجموعات الفرنسية . فتحسنت بذلك الأحوال بعض الشىء بفضل النظام الجديد الذى أطلق عليه « نظام الاصلاح » . واشترطت الدول أن يكون وجود هذه المحاكم مؤقتا حتى اذا لم تنجح فى مهمتها ولم تحقق المقصود منها وجب الرجوع الى النظام القديم أى الذى كان سائدا قبل انشائها . وتقرر فى معاهدة سنة ١٨٧٥ أن لكل من الطرفين الحق فى الغاء المحاكم المختلطة بشرط أن ينذر الطرف الآخر قبل ميعاد الالغاء بسنة . وتأيد ذلك الحق فى قانون سنة ١٩٢٢ . الذى قرر بقاء هذه

---

(١) قارن Pélissié de Rausas . ١ . ٢ حيث يبين ما فى هذا المركز من منافاة مع قواعد القانون العام وبخاصة فيما يتعلق بقوانين البوليس والأمن وكذلك مؤلف Féraud-Giraud . ١ . ٢٥ — ٢٨ حيث يشير الى الفارق فى المعاملة بين بلاد المسيحية والبلاد خارج المسيحية hors chretienté .

(٢) انظر مؤلفه . ١ . ١٢٨ — ١٢٩ حيث يقرر أن الأجانب يخضعون فى الشرق (فيما مضى) لقوانينهم القنصلية التى تصدرها دولهم . كما هى الحال فى مصر الآن .

المحاكم الى أجل غير مسمى ، وكان من اللازم قبل ذلك أن يتجدد الاتفاق بشأنها كل خمس سنوات .

٥٢٣ — والدول صاحبات الامتياز فى مصر حالا هى البلچيك والدانمرك والسويد والنرويج وهولندا واسبانيا والبرتغال وفرنسا ، وايطاليا ، واليونان وانجلترا والولايات المتحدة . وبجانب هذه الاثنتى عشرة دولة كانت ألمانيا والنمسا والروسيا من الدول صاحبات الامتياز ، ولكن تنازلت ألمانيا عن امتيازاتها بمعاهدة ڤرساى تنازلا يستند الى ٤ أغسطس سنة ١٩١٤ وهو تاريخ دخول انجلترا فى الحرب ، وتنازلت النمسا عن امتيازاتها أيضا بمعاهدة سان جرمان على النمط السابق ، أما الروسيا فسقطت امتيازاتها بسقوط الحكومة القيصرية وقيام الحكومة السوڤيتية مكانها . ومعلوم أن الحكومة المصرية لم تعترف بعد بهذه الحكومة الأخيرة . ولقد استتبع انقضاء امتيازات الألمان والنمسويين ، أن أعطى الاختصاص بشأنهم الى القنصلية البريطانية دون المحاكم الأهلية ! ! وتقرر ذلك بمعاهدة الصلح نفسها . ولقد حاول الألمان فيما بعد استرداد الاختصاص لقنصليتهم ، فتم لهم ذلك بمقتضى معاهدة سنة ١٩٢٥ ، وقد نص فى هذه المعاهدة على أنهم يخضعون لاختصاص المحاكم الأهلية فى بعض جرائم معينة ونادرة فى الواقع كالعيب فى حق الذات الملكية lése Majesté أو التآمر على سلامة الدولة ! ! والمقصود من هذه الاستثناءات المحدودة ارضاء الشعور الوطنى المجروح نظير ارجاع امتيازات الألمان كما كانت تقريبا . وقد أتت المعاهدة النمسوية فى سنة ١٩٢٩ على نفس النمط السالف . ومن الغريب أن ينص فى مقدمة هاتين المعاهدتين ، على أن هذا التنظيم مؤقت الى أن يوضع نظام جديد لحالة الأجانب فى مصر أو بعبارة أخرى الى أن يعدل نظام الامتيازات [١] . ولا شك فى أن

(١) ويستفاد من ذلك أنه اذا أريد تعديل نظام الامتيازات فيما بعد فلا داعى لأخذ رضا هاتين الدولتين . هذا ولقد أجازت الحكومة المصرية لهما الحق فى تعيين قضاة فى المحاكم المختلطة ولكن ليس لهؤلاء القضاة الحق فى الجلوس فى الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة عند بحثها مشروعات القوانين المصرية المختلطة للموافقة عليها . انظر نصوص المعاهدتين فى ملحق هذا الكتاب .

مرمى هذه العبارة تعزية الجانب المصرى أو تهوين الخطب على المصاب . أما بالنسبة للروسيين ؛ فالسوفيوتيون منهم لا يصرح لهم بدخول مصر ، أما الروس البيض فقد أصدر مجلس الوزراء بشأنهم عدة قرارات مختلفة ؛ وكان لهم فى وقت ما (حوالى سنة ١٩٢٦) مكتب خاص تابع لوزارة الداخلية يسمى « بمكتب الروسيين » ، أما الآن فيعاملون معاملة الأشخاص الذين لا جنسية لهم . ولقد جرت المحاكم المختلطة على نظر منازعاتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية على النحو الذى بيناه فيما مضى (١) .

ولقد تمكنت دولة ايران من عقد معاهدة مع تركيا فى سنة ١٨٧٥ ، حصلت بها لرعاياها على حقوق مساوية تقريبا لحقوق رعايا الدول الممتازة . ولكن اتفقت مصر مع ايران فى سنة ١٩٢٨ على أن تتنازل الأخيرة عن أحكام المعاهدة القديمة وعلى خضوع الايرانيين لسلطان المحاكم الوطنية (الأهلية والشرعية والمجالس الحسبية وغيرها) على أن تطبق المحاكم الشرعية التشريع الايرانى فيما يدخل فى اختصاصها . ومدة هذه المعاهدة خمس سنوات تنتهى اذا أعلن أحد الطرفين الآخر رغبته فى ابطالها قبل انتهاء الخمس سنوات المذكورة بستة أشهر .

٥٢٤ — ويتضح مما تقدم أن بحث حالة الأجانب فى مصر يستدعى بحث حالة الأجانب الممتازين أو بعبارة أخرى الأجانب رعايا الدول صاحبات الامتياز ، ثم بحث حالة الأجانب العاديين أى رعايا الدول الأخرى التى لم تعقد معها معاهدات تقرر امتيازات لرعاياها غير الممتازين ، ثم حالة الأجانب الذين لا جنسية لهم .

---

(١) راجع قبله ٦١٧ .

المبحث الاول

فى

تاريخ الامتيازات الأجنبية

٥٢٥ — هناك اعتقاد شائع ، ان الامتيازات الأجنبية انما نشأت وترعرعت فى ظل الامبراطورية العثمانية القديمة ، وهذا الاعتقاد وان كان على جانب كبير من الصحة ، فهو مع ذلك ، بعيد عن الدقة ، لأن الامتيازات قديمة معروفة من قبل [١] . فمن الثابت أن أمراء فلسطين والشام المسيحيين قرروا امتيازات لمصلحة التجار القادمين من البندقية وجنوة [٢] . فكان لهؤلاء أحياء خاصة يعيشون فيها وحدهم بلا منازع ، وقاض خاص يفصل فى أمورهم ، وكانوا يعفون من الضرائب ، كل ذلك نظير المعاهدات والخدمات التى قاموا بها فى ابان الحرب الصليبية . ونحا امبراطرة القسطنطينية [٣] نحو الأمراء السابقين فقرروا لهؤلاء

---

(١) اذ ترجع فى أصلها لمبدأ شخصية القانون الذى كان مقررا فى عهد الدولتين اليونانية والرومانية وفى القرون الوسطى . فالقانون يتبع الشخص أينما سار ولا يتبع سوى الأشخاص الذين ينتمون الى دولة أو مقاطعة معينة رسالة Ouang . ٢٦ وكذلك رسالة حبيب أبى شاهلة وموضوعها "L'extinction des capitulations en Turquie." باريس ١٩٢٤ . ١٥ ومابعدها .

(٢) راجع فى تفصيل القضاء والقانون فى بيت المقدس اذ ذاك مؤلف Scott الأستاذ السابق بمدرسة الحقوق الخديوية وموضوعه "The Law affecting foreigners in Egypt" . ١٩٠٨ . ٦ وما بعدها حيث يشير الى أن سقوط الأراضى المقدسة فى أيدى المسلمين لم يقض على النظام الذى كان موجودا من قبل بل أبيح للمسيحيين الاحتفاظ بمحاكمهم وبقانونهم .

(٣) وقد قرر هؤلاء الامتيازات مضطرين على خلاف السابقين . وأول معاهدة عقدها هؤلاء مع تجار فينيسيا كانت فى عام ٩٩١ . راجع مقال Nys بمجلة القانون الدولى ، الجزء الرابع ، راجع فيما يتعلق بتسلسل المعاهدات فى هذا الصدد رسالة Ouang . ٢٧ . ٢٩ حيث يشير الى وجود معاهدات أخرى من هذا النوع فى ذلك الوقت مع أمراء بحر البلطيق وفى لندن نفسها حيث كان للهيئات الأجنبية الحق فى اختيار رؤسائها الذين يفصلون فى مسائلهم المدنية والجنائية حتى سنة ١٣١٢ . ولكن زالت كل سلطات القناصل بظهور مبدأ السيادة الاقليمية للحكام على مقاطعاتهم فاعتبرت كل سلطة أخرى معتدية . راجع مؤلف Nys فى القانون الدولى . ٢ . ٢٩٩ و Fauchille نبذة ٧٤٠ .

التجار ، كما قرروا للمسلمين أنفسهم امتيازات تبيح لهم أن يقضوا فى شئونهم بأنفسهم ، واستمرت الحال فى القسطنطينية على هذا النحو الى أن غزاها الأتراك فأقروا النظام الذى تمليه الشريعة الغراء (١) .

وعرفت مصر هذه الامتيازات التجارية أيضا بعد أن خضعت لحكم العرب ، لأن خلفاء المسلمين من عهد هارون الرشيد أقروها لمصلحة الذميين . فلما تولى صلاح الدين حكم مصر قرر امتيازات كثيرة للفرنسيين مع أن ملكهم Saint Louis كان مهزوما وأسيرا بعد موقعة المنصورة . وفى عهد السلطان قنصوه الغورى سنة ١٥١٠ كان للفرنسيين وللجمهوريات الايطالية قناصل فى الاسكندرية يقضون فى مصالح رعاياهم (٢) .

وظاهر أن السوابق التاريخية للامتيازات الأجنبية الحالية ، تفيد أن منحها كان أمرا معتادا فى ذلك الوقت لأنها كانت متفقة كل الاتفاق مع مبدأ شخصية القوانين المقرر منذ القرون الوسطى ، وأنه قصد بها تشجيع التجارة لما فى ذلك

---

(١) ورأينا أن أساس هـذا النظام تقسيم غير المسلمين الى ذميين (كتابيين) ومستأمنين وحربيين . والحربيون اما كتابيون أو وثنيون . راجع Scott . ١٢ — ٢١ وقبله ١٦٧ ومن المعلوم أن غير المسلمين فى دار الاسلام يوجدون فى مركز أقل من المسلمين من حيث التمتع بالحقوق على اختلاف أنواعها . وقد ذهب بعض المسلمين الى ضرورة الزام غير المسلمين بارتداء أردية خاصة لتمييزهم عن المسلمين . نفس المرجع ١٦ . هامش (٢) ومؤلف Butler وموضوعه "The Arab Conquest of Egypt" . ٢٥٦ و ٢٧٢ حيث أشار الى الشروط التى وضعها عمرو بن العاص بشأن معاملة المسيحيين عند ما استولى على مصر . ومن المعلوم أن هـذه الشروط بعينها هى التى وضعها السلطان صلاح الدين عند ما استولى على بيت القدس . وظاهر أن حكمة الاتحاد فى الشروط ترجع الى أن أساسها الخضوع لأحكام الشريعة الغراء . ومقتضى هذه الشروط اما الاسلام مع المساواة أو دفع الجزية أو التمتع بمركز أقل من المسلمين ، أو الاستمرار فى الحرب حتى التسليم . ويتبين مما تقدم أنه ليس من المعقول مطلقا القول بأن الشريعة الاسلامية توجب معاملة غير المسلمين فى دار الاسلام معاملة ممتازة وان كانت هـذه المعاملة محققة الآن فعلا فى مصر .

(٢) مؤلف Scott ٢٢ — ٢٣ حيث يقرر أن السلطان الغورى تعاهد مع لويس الحادى عشر على بعض امتيازات خاصة للفرنسيين .

من فوائد، وأنها لم تكن وقفا على المسيحيين فى بلاد الاسلام بل تقررت للمسلمين أيضا فى بلاد المسيحية، كما تقررت لبعض التجار المسيحيين أنفسهم فى بلاد المسيحية.

والخلاصة أنه لم تكن للامتيازات أية صبغة سياسية باعتبارها مقررة لقيود على سلطان الدولة وسيادتها على الأموال والأشخاص كما هو حاصل الآن، بل أن صبغتها كانت تجارية بحتة ولا تتعارض مطلقا مع سيادة الدولة.

٥٣٦ — فلما فتح الأتراك القسطنطينية فى سنة ١٤٥٣، أراد السلطان محمد الفاتح أن يطمئن المسيحيين على أموالهم وأشخاصهم فسهل لهم سبيل الاقامة وأباح لرؤسائهم الدينيين المسيحيين أن يقضوا فى شئون أفراد طوائفهم، وأصبح رئيس كل طائفة مسئولا عن حالة طائفته واستقرار النظام بين أفرادها، ولكن فرض السلطان على هؤلاء الذميين ضريبة الرؤوس Capitation علاوة على ضريبة الخراج، لأن الذميين كانوا خارجين عن الأمة الاسلامية، وليس لهم من سبيل فى التهرب من دفع الضرائب الا اذا اعتنقوا الاسلام. وعلى العموم كان من المقرر وجوب التمييز بين المسلمين والذميين والمستأمنين، فكان المسلمون يتمتعون بحقوق أوفر بخلاف الذميين فانهم وضعوا فى مركز أدبى أقل رغم أنهم معتبرون من رعايا Rayat الخليفة أى خاضعين لسلطانه، أما المستأمنون فهم الأجانب أو الفرنجة لا يأتون الا لمدة مؤقتة و بقصد الاتجار أو تنفيذ أشغال أو أعمال فكانوا يعفون من الضرائب لاعتبارهم فى حكم الضيوف. هذه هى المبادىء الأساسية التى تقضى بها الشريعة الغراء، وقد طبقت فى داخل الامبراطورية العثمانية فى ذلك العهد دون أن تتقرر فى معاهدة [1]. ولكن فى عهد السلطان

(١) وان كان السلطان قد اعتاد اذ ذاك ارسال خطابات الى حكام جنوا والبندقية للطمأنينة على بقاء الحكم فى منازعات رعايا البلدين لرؤسائهم راجع Scott ٤٢ . حيث تجد مشروحا الوضع المتبع بالنسبة لحكام البلاد الأخرى كبيزا وفلورنسا . ومن هنا يرى الأستاذ أن القول بأن امتياز سنة ١٥٣٥ الذى قرر لفرنسا هو الامتياز الأول قول غير مطابق للواقع .

سليمان القانونى بلغت الامبراطورية العثمانية أوج عظمتهـا ، وامتد سلطانها فى أوربا ، فاستولت على كثير من ممالكها حتى وصلت حدودها الى ڤينا ، فرأى ملك فرنسا فرنسوا الأول أن يستفيد من قوة تركيا (١) وبخاصة بعد أن وقع أسيرا فى اسبانيا بعد موقعة Pavie فطلب المعونة من عاهل الترك فأرسل له المكاتيب والرسل فأجيب الى مطلبه أخيرا فى لغة ملؤها العظمة والفخر (٢) ، اذ اعتبر الباب العالى نفسه فى ذلك الوقت ملجأ الملوك وملاذهم . وكان من مظاهر عطف الباب العالى أن قرر للفرنسيين الامتياز الأول فى سنة ١٥٣٥ (٣) .

---

(١) ومن هنا تظهر الصفة السياسية لهذا الامتياز ، اذ الحقوق التى كانت مقررة قبل ذلك ذات صبغة تجارية ظاهرة ، أملتها أحكام الشريعة الغراء من جهة وارادة السلطان وحدها من جهة أخرى ، أما فى الامتياز الأول فقد تقررت حقوق ربما كانت أوسع مما تقضى به الشريعة هذا علاوة على صبغتها التعاقدية . وقد أدى تقرير هـذا الامتياز الأول على النحو السابق أن عمدت الدول الى التسابق فى الحصول على امتيازات مشابهة بل وأوسع منها وهكذا انتهى التسابق فى الحصول على هـذه الامتيازات بمختلف الطرق شريفها ووضيعها الى الافتيات على سلطات الدولة العلية الأساسية قارن Scott ٤٥ . حيث يشير الى المنافسة التى كانت قائمة بين فرنسا وغيرها من الدول حول حماية رعايا الدول الأوروبية الأخرى غير المتمتعة بالامتيازات . وأساس هذه الحماية الدين ، ويقصد بها زيادة نفوذ فرنسا فى الشرق وتحصيل رسوم من أفراد التجار الأجانب غير الفرنسيين الضاربين فى أراضى الدولة العلية ابتغاء الرزق . والخلاصة أن النظام الواحد المقرر بالنسبة لمعاملة غير المسلمين فى الشريعة الغراء قد تغير بفضل هـذه المعاهدات المختلفة النصوص .

(٢) راجع صور هذه المكاتيب فى Du Rausas ١ . ٥ وما بعدها والمراجع التى أشار اليها وأخصها مؤلف Charrière وموضوعه "Négociations de la France dans le Levant".

(٣) وقد سبق تقرير هـذا الامتياز مفاوضات بدأت فى سنة ١٥٢٥ ومحالفة سرية مع الباب العالى . ولطالما عاب الفرنسيون والعالم الأوربى على عاهل فرنسا فرنسوا الأول محالفته مع سلطان كافر ! ! تحالفا سياسيا . هذا ويلاحظ أن الامتيازات السابقة لم تقرر اذ ذاك لرعايا اسبانيا والبرتغال وكانتا أقوى الدول فى ذلك الوقت راجع Du Rausas . ١ . ٤ وما بعدها فى تفاصيل المفاوضات السالفة وكذلك نصوص هـذا الامتياز الذى يعتبر جامعا لمعاهدة تجارية ومعاهدة اقامة وبخاصة فى مادته الثانية . والواقع أن المعاهدة التجارية نتيجة منطقية لمعاهدة الاقامة . على أن أهمية التفرقة بين هذين النوعين من النصوص تظهر فى أن النصوص التجارية تعدلت مرارا وتكرارا على حسب تغير الظروف والأحوال بخلاف النصوص الخاصة بالاقامة فانها ظلت على حالتها الأولى .

ويتكون هذا الامتياز من سبع مواد رئيسية وهو فى طبيعته أقرب الى المعاهدة التجارية منه الى المعاهدة السياسية الخاصة بالاقامة établissement . وقد أبيح بمقتضاه للفرنسيين الاقامة والاتجار فى داخل الدولة العلية (مادة ١) وأن لا يتحملوا ضرائب أكثر من الضرائب المعتادة بشأن البيع والشراء (مادة ٢) وأن يختص قناصلهم بالفصل فى قضاياهم المدنية والجنائية (مادة ٥) وأن يتمتعوا بحرية المعتقدات (مادة ٦) وأن يطبق القانون الفرنسى على ميراثهم (مادة ٤) ولم يكن فى تقرير هذه الحقوق للفرنسيين أى تعارض مع سلطان الباب العالى . ولا غرابة فى ذلك فمن ذا الذى يجسر فى ذلك العهد أن يطلب حدا من سلطانه أو تقرير قيد عليه [1] ؟ ؟ فكان الباب العالى مطلق الحق فى الغاء هذا الامتياز أو تعديله كما يروق له . كما أن هـذه الميزات نفسها تقررت لرعايا السيد العظيم (السلطان) Grand Seigneur الذين يذهبون الى فرنسا [2] . ولم يكن حق المجىء الى الأمبراطورية العثمانية مباحا لكل الرعايا الفرنسيين بل أن ملك فرنسا نفسه هو الذى كان يصرح لرعاياه بالسفر والاقامة فى تركيا . وقد صدرت فى فرنسا أوامر ordonnances ملكية متعددة بينت الشروط اللازم توافرها حتى

---

(١) ومن الغريب فى هذا الصدد أن الغرض الأصلى من المفاوضات لم يكن الحصول على تقرير الميزات السالفة بل كان الحصول على قرض وارسال أسطول بحرى عثمانى فى المياه الايطالية (نابولى) فجاء تقرير هذه الميزات عرضا ، يدل على ذلك أنه قد وضع نص خاص ، بناء على طلب المفوض الفرنسى ، بمقتضاه يباح للبابا وللملكى اسكتلندا وانجلترا أن يستفيدوا من المزايا السالفة اذا أظهر أحدهم رغبته فى ذلك فى خلال ثمانية أشهر من هـذه المعاهدة انظر Du Rausas . ١ . ٨ ورسالة Ouang . ٣١ . و Scott . ٤ حيث يقرر أن هذا الشرط يعتبر نقطة البداية فى تطور الامتيازات هـذا التطور الذى أضر بسلطات الباب العالى وسيادته . وكذلك Féraud-Giraud . ١ . ٤٨ حيث يقرر أن الاختيار المقرر للملوك الثلاثة السالفين لم ينفذ قط بل أخذ الفرنسيون على عاتقهم حماية المسيحيين فى بلاد السلطة العثمانية .

(٢) وكان هؤلاء ضئيلى العدد جدا لأن العثمانيين القدماء لم يكونوا تجارا بل كانوا محاربين .

يسمح للفرنسى بالاتجار فى حدود الأمبراطورية العثمانية . وعلى العموم فان القيود والتنظيمات بشأن هؤلاء التجار الفرنسيين كانت شديدة بحيث لا يقدم الى الديار العثمانيــة الا كل فرنسى شريف [1] . وقد حتم على هؤلاء عدم استصحاب زوجاتهم معهم ، لأن المفروض فى اقامتهم أنهــا محــدودة ومؤقتة ، أو ليسوا من المستأمنين ؟ ! والمفروض فى الأمان أنه لمدة سنة قابلة للتجديد وان كان السلطان سليمان القانونى أباحه لمدة عشر سنوات .

٥٢٧ — ولقد تجــددت معاهدة ســنة ١٥٣٥ بعد ذلك عدة مرات بما لا يخرج عن المعنى السابق ، فى ســنوات ١٥٦٩ ، ١٥٨١ ، ١٥٦٧ ، ١٦٠٤ ، ١٦١٤ ، ١٦٣٥ ، ١٦٤٩ ، ١٦٧٣ ، وأخــيرا ١٧٤٠ [2] اذ كان من المفروض أن أجل هذه المعاهدات ينقضى بموت السلطان الذى قررها . وقد تعاقب منذ سنة ١٥٣٥ الى سنة ١٧٤٠ ثمان سلاطين ، ولكن فى سنة ١٧٤٠ — وكانت أمارات الضعف قد بدأت على الدولة العلية — أصبح الامتياز أبديا ! ! ، وسمى هذا الامتياز بالامتياز الأكبر اذ يتكون من خمس وثمانين مادة . وقد اعترف فيه بحق فرنسا فى حماية رعايا الدول الأخرى التى ليس لها ممثلون أمام الباب العالى ، كما أعفى الفرنسيين من بعض ضرائب كانوا يدفعونهــا فى هذا العهد . ولم يأت بها

---

(١) ومن الصعب المقارنة بين الحال الآن ، وبخاصة قبل الحرب العظمى حيث كان دخول الأمبراطورية العثمانية مباحا بدون ترخيص ، والحال فى ذلك العهد ! !

(٢) وتم ذلك فى عهد السلطان محمود ولويس الخامس عشر وبوساطة المركز Villeneuve انظر Féraud-Giraud . ١ . ٤٨ — ٤٩ ويقول Du Rausas ان الامتيازات الفرنسية لم تجدد سوى أربع مرات ويعلل ذلك البعض بحصول انقطاع وتراخ فى العلاقات بين فرنسا والباب العالى . المرجع السابق ٥٧ وما بعدها . حيث يفسر ذلك بصعوبة المفاوضات بشأن التجديد وبخاصة لأن السفراء كانوا يتشددون فى طلب ميزات جديدة . وراجع فى تفصيل مفاوضات Villeneuve مؤلف Du Rausas . ١ . ٧٥ وما بعدها حيث تجد تفصيلات شيقة يضيق عنها مؤلفنا .

ذكر، لكونه تبادليا أسوة بالامتياز الأول [١] .

ولم يكن تجديد الامتياز من الأمور الهينة بل كان محاطا بكثير من العقبات، وطالما تحمل فى سبيل ذلك السفراء متاعب شتى ، وصلت فى بعض الأحوال الى حد اراقة ماء الوجوه وجرح عزة النفس ، ولكن أهميتها التجارية ، فى مبدأ الأمر ، والسياسية فيما بعد كانت تقضى عليهم بالمثابرة للوصول الى أغراضهم مهما كلف ذلك [٢] .

ومن الملاحظ أن لهجة امتياز سنة ١٧٤٠ تخالف بعض الشيء لهجة الامتيازات السابقة ، فبجانب عبارات العظمة والقوة ، وجدت عبارات الود والمجاملة [٣] ، ولقد نصت المادة ٨٥ من هذا الامتياز صراحة على أنه باق مادامت فرنسا على صداقتها لتركيا .

٥٢٨ — ولم تكن المعاهدات الخاصة بالامتياز مقصورة على فرنسا ، بل تنبهت الدول الأخرى الى أهميتها فتوصلت انجلترا الى الحصول على أول امتياز

---

(١) والواقع أن الامتيازات ، وجوهرها تطبيق أحكام الشريعة الغراء بشأن المستأمنين ومعاملتهم فى دار الاسلام ، تتم من جانب واحد ، ولكن ليس هناك ما يمنع قط من جعلها تبادلية ، وبخاصة لأن السلطان كان الأقوى ولمشيئته على الأقل اعتبار كبير . وكل هذا لا ينفى أن الأصل اعتبار الامتياز منتهيا بوفاة السلطان . وللسلطان الجديد الحق فى معاملة المستأمن حسبما يراه فيعطيه الأمان أو لا يعطيه ، وفقا لمصالح الاسلام والمسلمين .

(٢) ويظهر أنه من أهم الوسائل التى اتبعت فى سبيل التجديد تقديم الهدايا والتحف للوزراء وأهل الحكم ، ويقولون ان الحكمة فى ذلك ترجع الى أن الامتيازات منحة من جانب السلطان ويجب تقديم ما يكفى لاستثارة عاطفة المنح عند السلطان . وعند البعض أن الامتيازات من السهل سقوطها وزوالها عند هبوب أية ريح الا اذا وجد ما يثقلها من الهدايا التى تمنعها من السقوط والزوال ! ! انظر Scott المرجع السابق ٦٩ وراجع مؤلف Du Rausas ١ . ٦٥ وما بعدها حيث وصف جلسة اعطاء وثيقة تجديد الامتياز الفرنسى فى سنة ١٦٧٣ للوزير الفرنسى Nointel وما فى ذلك من غرابة لها معانيها فى قوة الامتيازات ! !

(٣) انظر فى تفصيل ذلك Du Rausas . ١ . ٧٨ وما بعدها حيث تجد بيانات لها دلالتها . وبخاصة شرح موجز لنصوص الامتياز .

لها فى سنة ١٥٨٠[١] ، وهولندا فى سنة ١٦١٣[٢] والروسيا فى سنة ١٧٨٣[٣] ، والنمسا فى سـنة ١٦١٥ ، والدنيمرك فى سنة ١٧٥٦ . وتبعتها بروسـيا (المانيا) ١٧٦١ ، واسبانيا فى سنة ١٧٨٢ . وفى غضون النصف الأول من القرن التاسع عشر تنبه الباب العالى لمساوىء الامتيازات واساءة استعمالها وبخاصة بعـد أن أصبح غير قادر على تعديلها بمطلق ارادته كما كان مفهوما ، فى أول الأمر ، فطالب بالغائها ولـكن الدول رفضت ذلك واضطر البـاب العالى الى تقرير الامتيازات

---

(١) وقد تم هذا الامتياز بفضل وساطة تاجر انجليزى يدعى William Hareborne وبدأ بمراسلات بين السلطان مراد خان والملكة اليصابات . ويتبين من مجموعة المراسلات والاتفاق أن هذه الامتيازات تبادلية وأن الغرض منها تسهيل الاتجار وهى فى مجموعها على نمط الامتياز الفرنسى الأول . انظر Scott . ٤٦ — ٤٨ حيث يقرر أن هنـاك خلافا حول نفاذ هذا الامتياز ، فنقل عن الـكتاب الفرنسيين ، أن الامتيـاز الانجليزى الأول قد تقرر وتنفذ فى سنة ١٨٥٣ لأنه عند تجديد الامتياز الفرنسى فى ١٥٨١ أشير الى حق فرنسا فى حماية الرعايا الانجليز ولا يعقل حصول هذه الاشارة اذا كانت انجلترا قد تعاهدت مع الباب العالى . وعلى أية حال فان هـذه الحماية على فرض سبق تقريرها تعتبر منتهية بعقد معاهدة ١٥٨٣ بين الباب العالى وانجلترا . وقد تجدد الامتياز الانجليزى بدوره ولـكن مرات التجديد كانت أقل من فرنسـا ، ويقول Scott ان السبب فى ذلك راجع الى ما كان للفرنسيين من تأثير كبير فى نفوس السلاطين بخلاف الانجليز . نفس المرجع ٥٠ وما بعـدها حيث يشير الى معاكسة الفرنسيين للانجليز وتوصلهم فى أكثر من مرة عند تجديد امتيـازهم الى وضع نص صريح يبيح لهم حماية الرعايا الانجليز . ولا شك أن المقصود من هـذه الحماية زيادة نفوذ الفرنسيين السياسى علاوة على تحصيلهم لأتاوات ورسوم من التجار الانجليز وراجع Du Rausas . ١ . ٣٢ وما بعدها .

(٢) وقد تم ذلك بفضل مساعدة فرنسا لأن انجلترا كانت قد تمكنت من الحصول على الحق فى حماية التجار الهولنديين فلما رأت فرنسـا أن فى تقرير هذا الحق لانجلترا تدعيما لنفوذها ، عاونت هولندا على استقلالها بامتياز على حدة Du Rausas المرجع السابق ٣٩ و ٤٠ .

(٣) وفى هـذا التاريخ تقرر الامتياز الأكبر الروسى وقد سبقته معاهدات أخرى . ويلاحظ أن هذه الامتيازات أصبحت على نمط واحد على الأقل من الوجهة التجارية بفضل وضع الشرط المعروف باسم شرط الأمة الأكثر رعاية . وقد وضع لأول مرة فى الامتيـاز الفرنسى ١٦٧٣ ، وان كان مضمونه متبعا من قبل راجع Scott . المرجع السابق ٧٢ .

للولايات المتحدة سنة ١٨٣٠ على نمط أوسع والبلچيك فى سنة ١٨٣٩ ، والبرتغال فى سنة ١٨٤٣ ، وحتى اليونان التى كان يحكمها البـاب العالى الى أجل قريب تحصلت على امتيازات لها فى سنة ١٨٥٥ . ولقد انتهت هذه المعاهدات الى أن تـكون على نمط واحد بفضل وضع شرط الأمة الأكثر رعاية فى كل منها .

٥٢٩ — والواقع أن المعاهدات المقررة للامتيـازات كانت معاهدات تجارية أكثر منهـا معاهدات اقامة لذلك لم تـكن لها فى بداية الأمر أية صبغة سياسية ولقد كان ظهورها طبيعيا لأنها كانت متجانسة مع طبيعة الأشـياء فى ذلك العهد ولـكن بدأت الأحوال فى التغير بتغير مبادىء القانون العام فى أوروبا . فأصبح الأصل فى سـيادة الدول أن تـكون اقليمية تشمل جميع الأشخاص الموجودين على أراضيها (١) ، فمنـذ أوائل القرن التاسع عشر شـعر الجميع أن الامتيازات ان هى فى الحقيقة الا قيود على سلطان الباب العالى وسيادته ، و بعد أن كان الجزء الخاص بتنظيم الاقامة فى المعاهدات يقصـد به فى الواقع تسهيل الاتجار ، انفصلت المعاهدات التجارية منذ سنة ١٨٠٢ عن الامتيازات وأصبحت معاهدات الاقامة وحدها هى لب الامتيازات ومن هنا ظهرت الصبغة السياسية بارزة لهذه المعاهدات (٢) .

وانتهزت تركيا فرصة عقـد مؤتمر باريس سـنة ١٨٥٦ ، فتقدمت

---

(١) فضعف مبـدأ شخصية القوانين أمام مبدأ اقليميتها . قارن Du Rausas . ١ . ١٠٥ وما بعدها حيث يشير الى أن المبادىء الحديثة فى ذلك الوقت كان من شأنها جعل تنظيم حالة الأجنبي من الوجهة القانونية فى اختصاص السلطة الاقليمية دون غيرها . ويعتبر الأستاذ أن هذا المبدأ نتيجة حتمية لوضعية القوانين وللتخلص عن القوانين الدينية التى كان لها جانب كبير من الاعتبار فيما مضى .

(٢) انظر Du Rausas . ١ . ١٠١ وما بعدها حيث يقرر أن صفة الدوام التى لحقت الامتياز الأكبر انما تنصب على معاهدة الاقامة دون المعاهدات التجارية التى تعتبر وقتية بطبيعتها لأن الظروف التى تمليها متغيرة . وأشار الأسـتاذ أيضا الى أن العرف الآن قد جرى على استعمال كلمة Capitulations للدلالة على معاهدة الاقامة ، أى الاقامة الخاصة بالمسيحيين فى دار الاسلام اذ يقال pays hors Chrétienté أو pays de Capitulation .

اليه طالبة الغاء الامتيازات نظرا لأضرارها بمصالح العثمانيين والأجانب واستندت فى طلب الالغاء على الاصلاحات الكثيرة التى أدخلتهـا على نظمها التشريعية والقضائية والادارية وأخذها بأسباب المدنية الأوروبية ، اذ أنشأت محاكم مدنية بدلا من المحاكم الشرعية التى اقتصر اختصاصها على مسائل الأحوال الشخصية ، كما أصدرت خط كلخانة سنة ١٨٣٩ الذى سوى فى المعاملة بين جميع العثمانيـين (١) ، وكذلك الخط الهمايونى فى سـنة ١٨٥٦ الذى نظمت به اختصاص مجالس الطوائف غير الاسلاميه . ولـكن كل هـذه الحجج لم تجـد فتيلا بل قوبلت من الدول العظمى بالارتياح و بتصريح أفلاطونى مضمونه أنها مستعدة لتعديل حالة الامتيازات لأنها أصبحت لا تتفق والحالة الجديدة فى تركيا (٢) ، وانه سيعقد مؤتمر لهذا الغرض فى الاستانة للمفاوضة فى هذا الشأن (٣) . وانتظر

---

(١) وقد قرئت نصوص هذا الخط الشريف فى حفل عام حافل تحت رئاسة السـلطان عبد الحميد وحضور رجال السلك السياسى الأجنبي والعلماء والوزراء وكبار الموظفين . وقصد بهذه الفخامة والأبهة الدلالة على حصول حدث عظيم هو المساواة بين جميع رعايا السلطان بغض النظر عن اختلاف دياناتهم . وظاهر أن سلوك العثمانيين لهذه السبيل راجع الى ادراكهم أن فى الالتجاء الى المبادىء الوضعية الحديثة منجاة من نظام الامتيازات الذى أصبح ثقيل الوطأة عليهم . راجع فى تفصيل ما تقدم Du Rausas . ١ . ١٠٨ وما بعـدها حيث تجد النصوص نفسها ، وكذلك ١١٢ حيث تجد نصوص الخط الهمايونى الصادر فى ١٨ فبراير ١٨٥٦ . وقارن Scott . ٧٥ — ٩٠ .

(٢) وهذا ما نسمعه فى مصر فى السنوات الأخيرة بل ومنذ سنة ١٩٠٦ وما أشبه الليلة بالبارحة ! ! وكذلك اعتبرت الأمبراطورية العثمانية بموجب المـادة السابعة من معاهدة باريس عضوا فى الجماعة الدولية الأوروبية التى تضمن سلامتها . وكل هـذا لم يمنع من تجزئة الأمبراطورية العثمانية فيا بعد ! ! راجع بعض تفصيلات عن مؤتمر باريس فى Du Rausas . ١ . ١١٧ وما بعدها .

(٣) ويعلل البعض استمرار وجود الامتيازات فى الدولة العالية رغم التصريحات السابقة الى الفوارق الهامة بين الحالة القانونية والحالة الواقعية ، اذ يقولون انه رغم النصوص التشريعية السالفة فان الحالة الاجتماعية والفـكرية بقيت على ما هى عليه واستدعى ذلك بقاء الامتيازات بالتالى . Du Rausas . ١ . ١٢٠ — ١٢٢ . وادعى البعض انه لا يمكن أن ينتظر من =

العثمانيون انعقاد هذا المؤتمر طويلا حتى تطرق اليأس الى نفوسهم [١] ، فقنعوا بالاستمرار فى اصلاح أنظمتهم الداخليه . وتبينت رغبتهم صريحة فى ذلك بثورة سنة ١٩٠٨ التى انتهت بصدور الدستور العثمانى فى هذا التاريخ . ومنذ هذا الوقت شعرت الدول الأوروبية أن الامتيازات قد أضحت فى طريق الزوال ، وبخاصة أن الحكومات التركية المتعاقبة ثابرت على تقديم المذكرات الى الدول ببيان أضرار الامتيازات الشاملة وانها أصبحت أداة لتضييع حقوق الناس والاستهتار بالسلطة المحلية ، الى أن نشبت الحرب العظمى ، فانضمت تركيا الى جانب الألمان ومن ثم أعلنت الغاء امتيازات الدول جميعا أعداء وحلفاء ابتداء من أول أكتوبر سنة ١٩١٤ [٢] . ولكن عادت الامتيازات الى الظهور مرة جديدة بعد انتهاء الحرب واحتلال الحلفاء للاستانة ، وذلك بمعاهدة سيفر (مادة ٢٦) . وظهرت هذه المرة لكى تحيا حياة قصيرة ولكى تدفن بعد ذلك نهائيا بمعاهدة لوزان سنة ١٩٢٣ ، فزال نظام الامتيازات العتيق . ولا يسعنا هنا الا أن ننوه بفضل الخطبة القيمة التى ألقاها الوزير عصمت باشا على المؤتمرين فأظهر فيها

= الأمة الاسلامية أن تتطور فتأخذ بالمبادىء الحديثة ولذا لامناص من اتباع نظام خاص بشأن المسيحيين الذين يعيشون لسوء طالعهم فى بلاد الاسـلام Guizot فى مذكراته . ٧ . ٢٤٠ وأشار اليه Du Rausas . ١٢٢ وليته كان حيا حتى اليوم ليرى فساد تنبؤه فى الجمهورية التركية الحديثة .

(١) وعلى عكس ذلك ففى معاهدة برلين ١٨٧٨ وضع نص من مقتضاه الاعتراف بأن المعاهدات المقررة للامتيازات لا يمكن أن تعدل أو تغير الا برضا الدول صاحبة المصلحة . وقد حصلت محاولات بعد ذلك لالغاء بعض الامتيازات بطريقة جزئية وبخاصة ما قام منها على العادات ولكن احتجت الدول فقتل المسعى فى المهد . قارن رسالة Ounng . ٣٨٥ حيث يشير الى المحاولات العثمانية قبل الحرب ومعلوم أنها جميعا لم تر التوفيق .

(٢) وقد قدمت انجلترا وفرنسا وروسـيا وايطاليا مذكرة احتجاج مشتركة ، أتت لينة فى عباراتها اذ أشارت الى التسليم بضرورة تعديل النظام واستبداله بآخر بدلا من الوقوع تحت طائلة التحكم العثمانى ! ! ولكن لم يعمل بهذا الاحتجاج وبخاصة بعد دخول تركيا الحرب الى جانب دول الوسط .

معايب هذا النظام واضحة ، وأبان مقدار تغير الظروف اذ أصبحت تركيا دولية ذات ثقافة أوروبية ولها قانونها الوضعى فزال بذلك أساس الامتيازات ، ومما قاله فى خطبته « ان احترام العهود يجب أن لا يؤدى الى الانتحار » .

Le respect des engagements ne doit pas être, par exemple poussé jusqu'au suicide.

ولقد حاول الحلفاء استبقاء نظام الامتيازات مع تنقيحه بحجة أنه من الواجب أن يتمتع الرأسماليون الأجانب بضمانات تشجعهم على البقاء فى تركيا واستثمار أموالهم فيها [1] ، وانه لا محل للطفرة ! ! وذلك أسوة باليابان . ولكن ذهبت كل هذه المحاولات عبثا وتقرر الغاء هـــذا النظام الذى ذاقت منه الامبراطورية العثمانية الأمرين بالمادة ٢٨ من معاهدة لوزان [2]،وهكذا أصبحت الجمهورية التركية الفتية طليقة من هذه القيود التى كانت أشبه بارتفاقات شديدة الوطأة على سيادتها [3] .

٥٣٠ — ومعلوم أن الامتيــازات الأجنبية ما زالت باقية فى مصر حتى اليوم فى شكلها المزعج الذى انتهت اليه بفضل تسامح الحكومات المصرية فى خلال القرن التاسع عشر. ولقــد دفعها الى الجرى فى هذا السبيل رغبتها فى استجلاب عطف الدول الأجنبية لتقهر نفوذ الباب العالى ، وتخرج بذلك من تحت سلطانه ، لا لكى تكون حرة طليقة خالصــة السلطان ، كما اشتهت ، بل

(١) راجع مقال Maurice Picard وموضوعه "Vers la fin des Capitulations" المنشور فى جورنال القانون الدولى . ١٩٢٣ . ٥٧ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ انه لم يحدد فى المعاهدة تاريخ الالغاء وبذلك حلت صعوبات كثيرة وبخاصة عما يتعلق بشرعية الالغاء الذى تم فى سبتمبر سنة ١٩١٤ . قارن Ouang . ٣٩٢ .

(٣) ومع ذلك فقد قبلت تركيا بموجب هذه المعاهدة تعيين بعض خبراء قانونيين لمدة خمس سنوات لكى يساهموا فى مراقبة الاصلاح الجديد . ومن الجهة الأخرى فقد اتفق على أن الأجانب لا يخضعون فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية للمحاكم العثمانية ولا للقــانون العثمانى بل يخضعون لمحاكمهم فى بلادهم ولقانون جنسيتهم الا اذا اتفقوا كتابة على اختصاص المحاكم العثمانية (المــادة ١٦ من المعاهدة) .

لكى يتضعضع سلطانها أمام الدول الأخرى التى استساغت الغنيمة لقمة باردة . وهكذا انتهت محاولات الحكومات المصرية فى النهاية الى خسران مبين .

المبحث الثانى
فى
أساس الامتيازات الأجنبية

٥٣١ — حار الباحثون فى معرفة الأساس الذى بنيت عليه الامتيازات. فذهبوا فى تفسير ذلك مذاهب شتى . ومحور الصعوبة فى هذا البحث أن الظروف التى لابست تقرير الامتيازات كانت مشوبة بالتعقيد والغموض . اذ انتهت الامتيازات الى أن تكون قيودا على سلطان الباب العالى فجعلت منه دولة منتقصة السيادة وفى مركز لا يدانى الدول الأوروبية الأخرى ، فهل معنى ذلك أن هذه الامتيازات قد فرضت فرضا من الدول القوية على الدولة العلية ؟ هذا ما ينفيه الواقع كل المنافاة (١) اذ أن الدولة العلية عند ما قررت الامتياز الأول قررته عن طيب خاطر كدليل على قوتها وتسامحها . فلم يكن منحها مستغربا وبخاصة لأنها كانت متجانسة كل التجانس مع مبادىء القانون العام المقررة فى هذا الوقت . أو ليست فى أصلها تطبيقا سليما لمبدأ شخصية القوانين ؟

٥٣٢ — وقد رأى البعض (٢) أن أساس منح الامتيازات يرجع الى

---

(١) قارن Du Rausas . ١ . ١٨ .

(٢) انظر Féraud-Giraud . ١ . ٢٩ حيث يقرر أن وجود هذه الضمانات أمر لازم حتى يمكن أن يعيش الأجانب آمنين مطمئنين على أنفسهم وأموالهم فى بلاد الشرق . ولما كان الباب العالى محتاجا الى نشاط هؤلاء الأجانب ، فانه رأى ضرورة تقرير هذه الامتيازات لهم أسوة بما اتبع فى العصور الأولى عند قدماء المصريين والرومان والمتبربرين وكذلك ما اتبع الى وقت حديث عند اليابانيين والصينيين ومملكة سيام . وقد ألغيت الامتيازات فى البلاد الثلاث الأخيرة عند ما تهذبت شرائعها وأصبحت على نمط التشريعات الأوروبية راجع Ouang . ٣٦٧ وما بعدها .

الرغبة فى تقرير علاقات تجارية بين الباب العالى والبلاد الأوروبية ، أى أن الرغبة فى تقرير هذه العلائق هى التى أوحت بوضع نظام الامتيازات حتى يتيسر للأوربيين أن يتاجروا فى بلاد الشرق ، اذ لا يمكن لهؤلاء التعامل ما دامت الأنظمة والعادات مختلفة ، كما أنهم يخشون ارهاقهم بضرائب لامبرر لها أو اعناتهم بمعاملة قاسية اذا ما أقاموا فى البلاد بقصد الاتجار . ويقول أنصار هذا الرأى ان الباب العالى كان محتاجا لايجاد هذه العلائق التجارية مع الدول الأوروبية رغبة فى زيادة موارد أهل البلاد وبالتالى زيادة موارده ، اذ كان ايراد الباب العالى قائما على غنائم الحرب وما يدفعه الذميون وحدهم من ضرائب ، ولكن عددا كبيرا من هؤلاء اعتنق الاسلام فسقطت عنه الضرائب ، وبذا ضعف دخل الباب العالى فكان لا مناص من البحث عن طريق أخرى لانعاش ماليته فوجده فى تقرير الامتيازات ، اذ كانت هذه الأخيرة منحة تعود منها فوائد غير مباشرة على الأهلين والحكام كما أن كثيرا من هؤلاء الأخيرين قد انتهز الفرصة للفوز بجانب كبير من الهدايا والتحف .

والظاهر أن هذا الأساس بعيد عن الصحة اذ لم يكن للباب العالى سياسة اقتصادية مقررة يرمى الى تنفيذها فى ذلك العهد ، ومن جهة أخرى فان المسلمين كانوا يأنفون بصفة عامة التعامل مع التجار الأوربيين ، وأما هؤلاء الأخيرون فكانوا يرومون الربح والكسب فقط اذ كان الشرق ميدان منافستهم ونشاطهم . فتقرير هذه الامتيازات كان لمصلحتهم أكثر منه لمصلحة الباب العالى الذى لم يشعر فى ذلك العهد بأية صعوبة مالية . وربما كان هذا الأساس صحيحا لبعض هذه الامتيازات دونها كلها (١) .

---

(١) راجع رسالة بهى الدين بركات بك فى « امتيازات الأجانب فى مصر » . ١٩١٢ . ٣ وما بعدها حيث يفند هذا التفسير بقوله ان نظام الامتيازات فى شكل الاعفاء من القضاء المحلى كان موجودا أيضا فى أوروبا فى ابان القرون الوسطى رغم الاتحاد فى الدين والمدنية .

٥٣٣ — ورأى آخرون أن أساس الامتيازات دينى بحت [١] ، وذهب بعض أنصار هذا الرأى الى القول بأن اختلاف الدين وحده استدعى حتما تقرير هـذه الامتيازات لأن المسيحيين ما كانوا ليقبلوا مطلقا أن تطبق عليهم أحكام الشريعة الاسلامية وبخاصة اذا ما اعتبرنا العداوة التى كانت مستحكمة فى ذلك الوقت بين العالمين الاسلامى والمسيحى منذ عهد الحروب الصليبية [٢] ، وعندى أن هذا القول بدوره بعيد عن الدقة اذ يقتضى منطق هـذا الرأى ضرورة قطع كل علاقة بين المسلمين والمسيحيين لا تقرير امتيازات لهم من جانب المسلمين الذين كانوا أصحاب الكلمة العليا فى العـالم اذ ذاك ، كما أنه لو كان أساس الامتيازات مجرد الاختلاف الدينى لاستدعى ذلك أيضا تقريرها بصفة متبادلة فى بلاد المسيحية ، وما كان الملوك المسيحيين فى هـذا العهد ليرفضوا تقريرها لو طلب اليهم العثمانيون ، نعم ان الامتياز الفرنسى الأول (سـنة ١٥٣٠) قرر الامتيازات بصفة متبادلة ، ولـكن يظهر أن ذلك لم يكن الا ارضاء لملك فرنسا حتى يتأكد من صداقة الباب العالى . والحاصل عملا أن الأتراك لم يستفيدوا من

---

(١) ومقتضى هذه النظرية أن الدين الاسلامى لا يقر ايجاد علاقات بين أهل دار الاسلام ودار الحرب ولـكن لم يكن فى مقدور الدولة العلية لأغراض تجارية أن تتجاهل وجود العـالم المسيحى وضرورة تقرير علائق تجارية معه فالتجأت الى نظام الامتيازات لـكى تطمئن التجار الأوروبيين وتوفق بذلك بين مقتضيات الدين الاسـلامى الذى لا يباح لغير المسلمين الاستفادة من أحكامه والذى ينطوى على اهمال غير المسـلمين وتركهم يقضون فى شئونهم وفقـا لأحكام شرائعهم . راجع Fauchille . ٢ . ١٤٢ . وهذه النظرية مهدومة من أولها ، اذ من أركان الدين الاسلامى التسامح مع أهل الـكتاب ووجوب القضاء فى شئونهم وبخاصة اذا تعاملوا مع المسلمين . انظر قبله ١٦٧ . ويقول الأستاذ Blunthchli برأى قريب من الرأى السابق ومؤداه أن اختلاف الآداب والقوانين أدى الى ظهور الامتيازات ، وعيب هـذا الرأى أنه كان من اللازم منطقيا ظهور وتقرير الامتيازات فى بلاد الغرب أيضا . انظر مؤلفه المادة ٢٦٩ تعليق ١ . وعلى ذلك لا يمـكن القول بأن العـدالة كانت مختلة فى البـلاد العثمانيـة يوم أن تقررت الامتيازات لأن مدنية العثمانيين اذ ذاك كانت فى أوج عظمتها .

(٢) قارن رسالة Ouang . ١٢ وما بعدها .

والتنقل ، ولم يحملون أنفسهم مشقة السفر والارتحال ما داموا فى رغد من العيش فى ديارهم ؟ ! ومن الجهـة الأخرى فان الامتياز الفرنسى الأكبر لم يذكر أى تبادل واستقرت الامتيازات فى النهاية على أن تكون من جانب واحد .

ازاء هـذه الاعتبارات قالت أغلبية أنصار هـذا الرأى(١) بأن مناط الأساس الدينى للامتيازات تنظيم الدولة العلية فى ذلك الوقت تنظيما دينيا بحتـا قائما على مبـادىء القانون العـام المقررة فى الشريعة الاسلامية . وتوصى هـذه المبادىء بترك الكتابيين وما يدينون ، و بعدم التعرض لهم فى شئونهم الخاصة . وقد طبقت هذه المبادىء فى أول الأمر فى عهد محمد الفاتح على الذميين من رعايا الدولة فتقررت لهم الامتيازات القضائية والتشريعية ، أما من الوجهة المالية فكانوا هم المحملين بالضرائب و بخاصة ضريبة الرؤوس . فلم يكن الذميون معتبرين جزءا من الأمة العثمانية . وكان من الطبيعى أن تطبق مبادىء القانون العام الاسلامية

---

(١) ومن أنصاره الأستاذ Du Rausas فى مؤلفه ١ . ٢٠ — ٢١ و ٢ . ٢٦٥ وما بعدها حيث يقرر أن الشريعة الاسـلامية شريعة دينية منظمة لعلائق المسلمين القانونية دون غيرهم . فهى اذن شخصية بحتة تنطبق على أشخاص معينين تجمعهم صفة واحـدة هى انتسابهم الى دين معين . فهى من هذه الوجهة شبيهة بما يسمى عند الرومان jus quiritium الذى ينطبق على الرومان وحدهم .

وقد فند الأستاذ بهى الدين بركات بك فى رسالته . ٩ هذا التفسير الذى يقوم فى الواقع على جهل بأصول الشريعة الغراء ، اذ الواقع أن الشريعة الاسلامية لا تتخلى مطلقا عن حكم العـلائق القانونية بين المسلمين وغير المسـلمين وفى هذا ما يفرقها تفريقـا ظاهرا عن الـ jus quiritium الرومانى . كما أنها تحكم أيضا منازعات غير المسلمين وبخاصة اذا ما تراضوا على الترافع الى القـاضى الشرعى على حسب التفصيل الذى سبق أن بيناه . راجع قبله ١٦٩ . ويظهر أن قول الأستاذ Du Rausas يتمشى مع ما كان حاصلا فى أوروبا فى الماضى البعيد حيث كان الأجنبي مستبعدا فى الجماعة التى يعيش فى ظلها . مؤلفه ١ . ١٩ — ٢٠ وراجع فى تفسير وجود الامتيازات الأجنبيـة . رسالة بركات بك . ١٤ — ١٧ . والتفسير الذى يقول به مستمد من الواقع empirique . اذ يقرر أن جهل القضـاة الشرعيين كان السبب فى بقـاء الاختصاص فى أيدى القناصل الأجانب الذين كانوا أقدر على تحقيق العـدالة ، وبخاصة لأن أحكام القاضى الشرعى كانت قابلة للاستئناف لدى السلطان وهو بعيد ، ونحن لا نوافق على هذا التفسير كما يستفاد من الصلب .

على المستأمنين وهم الأجانب الكتابيون الذين حصلوا على الأمان ، وتقول هذه المبادىء بحق رؤسائهم الدينيين فى الفصل فى منازعاتهم وفقا لقوانينهم[١] ، كما تقضى باعفائهم من الضرائب لأن اقامتهم مؤقتة . فعلى هذا الأساس تقررت الامتيازات ، فلم يقصد اذن سلاطين آل عثمان بتقريرها تحقيق مصلحة تجارية وانما قصدوا فقط تطبيق أحكام الدين الحنيف باعتبار أنهم خلفاء رسول الله فى الأرض .

وقصارى القول أن تقرير الامتيازات قصد به فى الحقيقة تنظيم حالة الأجانب فى دار الاسلام تنظيما متفقا مع المبادىء التى يقررها الدين الاسلامى . ولم تكن هذه المعاملة متعارضة تعارضا ظاهرا مع ما كان متبعا فعلا فى القسطنطينية قبل الفتح الاسلامى .

٥٣٤ — وعندى أن أساس الامتيازات الأجنبية الصحيح هو الأخذ بمبادىء القانون العام الاسلامية فيما يتعلق بمعاملة الأجانب (المستأمنين) . ولقد كان تطبيق هذه المبادىء فى ذلك العهد موفقا كل التوفيق ، لأنها كانت متجانسة مع الأفكار السائدة فيما يتعلق بسيادة الدولة وسيادة قوانينها ، وفوق هذا فان القضاء القنصلى كان مقررا لمصلحة الأجانب حتى فى الدول الأوروبية الأخرى ولكنه اختفى فيما بعد بتغير الأفكار و بظهور مبدأ اقليمية السيادة[٢] ، ولكن مع ذلك ظلت الامتيازات باقية لأن الدولة العلية تمسكت أمدا طويلا بأنظمتها التى بنيت على الأسس الدينية الاسلامية . ومن الحجج التى طالما أدلت بها تركيا تبريرا لطلب الغاء الامتيازات أنها عدلت فى أنظمتها الدينية وصبغتها بصبغة وضعية حتى تتمشى بذلك مع المبادىء الحديثة المقررة فى القانون العام ، ولكن التعديلات التى أدخلتها كانت جزئية ، وقد انتهى بها الأمر أخيرا الى جعل كل أنظمتها القضائية والتشريعية والمالية وضعية بحتة بعد الغاء الامتيازات

(١) وفقا للتفصيل الذى أسلفناه . راجع قبله . ١٦٩ وما بعدها .

(٢) قارن رسالة Ouang . ٢٥ وما بعدها . وكذلك أبو هيف بك . ١٥٦ — ١٦١ وأيضا Du Rausas . ١ . ١٨ حيث يشير الى مبدأ السيادة الاقليمية باعتبار أنه آخر حلقات التطور فى فكرة الدولة .

فيها [1] . وكان من الطبيعى أن تلغى الامتيازات فى تركيا ما دامت قد تغيرت حالتها وفصلت بين الدين والدولة . فالدولة فى وضعها الحديث بعيدة كل البعد عن الأديان التى تخص الأفراد وعقائدهم اذ أنها تكتفى بتنظيم أحوال هؤلاء الأفراد مجتمعين وعلاقتهم مع الدول الأخرى ولذا تضع القواعد التى تراها ملائمة لمصالحهم دون حاجة للتعرض الى الأديان . ومع ذلك فان مبادىء القانون العام الحديثة قد أخذ بها فى مصر الى حد كبير ، ولم يلغ نظام الامتيازات بعد بل سار من سيىء الى أسوأ ، وكل هذا لا ينفى أنه سائر فى طريق الزوال . ولا يعوزنا للوصول الى هذه الغاية سوى الدأب على تحقيقها مع تعهد أنظمتنا القضائية والتشريعية والادارية على الدوام بكل مستحدث من وسائل الاصلاح حتى تسقط بذلك حجة كل عنيد مكابر .

المبحث الثالث

فى

نطاق الامتيازات الأجنبية

٥٣٥ — يظهر من البيانات التاريخية السابقة أن تقرير الامتيازات الأجنبية قد شجع الاتجار فى الشرق وحمى التجار الأجانب من تطبيق شريعة دينية لايرغبون فيها ، وأنه رغم الصبغة السياسية للامتيازات فان صفتها التجارية واضحة فى نصوص الامتيازات القديمة وحتى فى الامتياز الفرنسى الأكبر . ولكن مع ذلك فان نطاق الامتيازات قد امتد وتوسع وادعى الأجانب لأنفسهم حقوقا أكثر مما نصت عليه المعاهدات ، وساعدهم على ذلك ضعف الدولة العلية وتسامح الحكومات المصرية ، وقد تدخلت المحاكم المختلطة مرارا كى تخفف

---

(١) وقد تعهدت تركيا فى معاهدة لوزان أن تطبق على العلائق القانونية الأجنبية تشريعا يتفق مع أصول المدنية الحديثة .

من حدة الاعتــداءات المتوالية من جانب الأجانب وقناصلهم على الســيادة المصرية .

٥٣٦ — ومن نصوص الامتيازات ما يتعلق بتنظيم اقامة الأجانب [1] فى بلاد الاسـلام ، ومنها ما يتعلق بمسائل التجارة . والقسم الأول منها أكثرها أهمية وبخاصة بعــد أن انفصلت المعاهدات التجارية عن معاهدات الإمتيازات فى سنة ١٨٠٢ .

٥٣٧ — وأول من تضمنه الامتيازات للأجانب حق الاقامة والتنقل فى داخل الأمبراطورية العثمانيــة [2] . وظاهر أن تقرير هــذا الحق مقصود به تسهيل الاتجار ، فللأجانب التنقل سواء كان ذلك بطريق البر أو بطريق البحر. وقد استتبع هذا الحق الاعتراف لهم بحرية الملاحة [3] فى المياه العثمانية سواء كانت

---

(١) ويسميه المرحوم أبو هيف بك « الجزء التنظيمى » . مؤلفــه ١٦٣ وقارن Du Rausas . ١ . ٩٨ — ١٠٤ حيث تجد مفصلا التطور المشار اليه . وعلى أية حال فان أهم ما يلاحظ فى الامتياز الفرنسى (١٧٤٠) أنه جاء محققا لأغراض ثلاثة . أولا : التصديق أو تجديد الامتيازات السابقة عليه . ثانيا : تقرير ميزات جديدة للفرنسيين ، تجارية وغيرها . ثالثا : أنه جعل هذه الحقوق غير محدودة الأجل . راجع رسالة George Meyer وموضوعها L'Egypte contemporaine et les capitulations باريس ١٩٣٠ . ٥٥ .

(٢) وقد تقرر هذا الحق فى جميع معاهدات الامتيــازات . انظر Du Rausas . ١ . ١٣٣ وما بعدها حيث تجد النصوص المقررة له بغير قيد أو تحديد . وقد رأينا أن الدول فى الوقت الحاضر تحظر على الأجانب الاقامة أحيانا فى مناطق معينة تحقيقا لأغراض متعلقة بالسلامة أو بالأمن . وقارن Scott ١٥١ — ١٥٣ حيث يشير الى مختلف النصوص العثمانية والمصرية القديمة (عهد قايتباى) والواقع أنه لم يكن هناك من قيد على الأجانب فى دخولهم أو تنقلهم فى الامبراطورية العثمانية سوى حمل جواز سفر وتذكرة teskérés تفيــد الاذن بالتجول (مادة ٦٣ من الامتياز الأكبر) وبعيد عن الشك أن الدول الأجنبية يمكنها أن تنظم اقامة رعاياها فى داخل الامبراطورية العثمانية فتضع لذلك ما تراه لازما من القيود .

(٣) وقد انتهى الأمر الى الحد من حرية الدولة وسلطانهـا فى داخل موانيها فأنشىء مجلس دولى للكورنتينات والصحة البحرية ، وقد انتهى أمره فى تركيا بالغاء الامتيازات وما زال موجودا عندنا الى الآن . وراجع بالنسبة لحرية المرور فى مضيق الدردنيل فيما مضى Du Rausas . ١ . ١٤٢ — ١٤٦ .

الملاحة برية أو بحرية . وحرية الأجانب فى الاقامة والتنقل واسعة وغير مقيدة بقيود كما هو الحاصل فى البلاد الأوروبية المتمدينة ، ولا شك فى خطورة ذلك على الأمن العام فى الدولة لما يحتمل من اساءة استعمال هذا الحق من جانب أشرار الأجانب بعد أن زالت القيود التى كانت مقررة فى العهود الأولى لمنح الامتيازات[1] . وقد كانت مصر مفتوحة الأبواب حتى نشوب الحرب ، يؤمها الأجانب أخيارهم وأشرارهم على السواء فيجدون فيها ملجأ ورزقا وميزات لا يجدونها فى بلادهم لأن خضوعهم للسلطات المحلية ضئيل جدا كما أن خضوعهم لسلطاتهم القنصلية غير منتج فى العادة[2] . أما بعد الحرب فأصبح دخول مصر مقيدا بالحصول على تأشيرة visa بذلك من قناصل الدولة المصرية فى الخارج أو من ممثل انجلترا عند عدم وجود تمثيل قنصلى مصرى فى أراضى الدولة المطلوب فيها الاذن بالدخول الى مصر .

وليس القناصل المصريون مطلق الحرية فى اعطاء التأشيرات أو رفضها بل يتقيدون بتعليمات خاصة ، وكثيرا ما يرجعون الى وزارة الداخلية قبل اعطاء تأشيرة لشخص مشتبه فى أمره .

٥٣٨ — ومما يتصل بحق الاقامة والتنقل حق الحكومة فى ابعاد الأجانب فهل تتمتع الحكومة المصرية بهذا الحق أسوة بالدول الأخرى أو أثرت فيه معاهدات الامتيازات ؟ ضمنت الامتيازات للأجانب حق الاقامة ، ولكن

---

(١) وهذه القيود كانت تضعها الدول الممتازة نفسها حتى لا تثير غضب الباب العالى فلما اشتد به الوهن زالت هذه القيود راجع فى ذلك Du Rausas . ١ . ١٦١ وما بعدها وسنعرض فيما بعد لحق القناصل الأجانب فى طرد رعاياهم من الأمبراطورية العثمانية .

(٢) والاعتراف بحق الاقامة للأجانب الممتازين يستتبع حتما حق دولهم فى تعيين قناصل لها فى البلاد التجارية الكبرى كما يتولوا الفصل فى شئون رعاياهم وحمايتهم ضد السلطات المحلية عند الحاجة Scott . ١٥٤ وقارن Du Rausas . ١ . ١٣٢ حيث يشير الى بعض المضايقات التى كانت تصيب أفراد الجالية الفرنسية فى مدينة القاهرة . أما الآن فتنهال المضايقات على المصريين دون رادع كاف اذ قد يعتدى الأجنبي على المصرى اعتداءا شائنا ومع ذلك اذا قدم لقنصليته فيندر أن يلقى جزاءا كافيا نظرا للصعوبات الكثيرة المتعلقة بالتحقيق والمحاكمة .

المراد الاقامة العادية الهادئة لا الاقامة الضارة الخطرة ، فاذا ثبت أن فى وجود الأجنبي تعكيرا لصفو الأمن ولراحة القطان فمن الطبيعى أن يكون للحكومة المصرية الحق فى ابعاده .

ولكن لم يجر العمل بذلك فى مصر(١) ، فمنذ زمن قديم أصدر ملك فرنسا أمرا فى سنة ١٦٨١ الى قناصله فى البلاد الاسلامية يبيح لهم ابعاد الفرنسيين اذا ساء سلوكهم و بشرط أخذ رأى نائب الأمة(٢) deputé de la nation ، ونحت الدول الأجنبية نحو فرنسا ، فلم يكن اذن للسلطات المصرية الحق فى الابعاد ، وكان من المشاهد أن القناصل يتراخون فى استعمال هذا الحق(٣) ، فيتركون أشرارهم يعيثون فى البلاد فسادا مما اضطر الحكومة المصرية منذ سنة ١٨٦٦ الى أن تتداول مع القناصل فى هذا الشأن . فتم الاتفاق على أن يكون للحكومة المصرية الحق فى أن تطلب provoquer ابعاد الأجانب الخطرين على النظام والأمن ، ولكن لابد فى النهاية من رضاء القنصل المختص !! أو تحكيم لجنة

---

(١) وكذلك كانت الحال فى الأمبراطورية العثمانية القديمة . ويلاحظ أن معاهدات الامتيازات لم تحو نصا يمنع الدولة العلية من استعمال حقها فى الابعاد كسائر الدول الأخرى ورأينا أنه لم يكن مقصودا بتقرير الامتيازات وضع الباب العالى فى مركز أدنى من الدول الأوروبية ولكن رغم ما تقدم جرى العرف على ترك حق الابعاد للقناصل بالنسبة لرعاياهم . قارن Du Rausas . ١ . ٢٦٣ حيث يقرر أن حق القناصل فى ابعاد رعاياهم عمل سيادة لحساب دولهم ولا يقومون به لصالح الدولة العلية أو بتفويض منها ! ! .

(٢) ويقتضى هذا النظام للفرنسيين المقيمين فى الديار العثمانية « فى مصر الآن » الحق فى أن ينتخبوا نائبا عنهم يمثلهم قبل السلطات الفرنسية . وهكذا لا يحرم الفرنسيون المقيمون فى مصر من التمثيل النيابي ، أوليس لهم قضاؤهم وتشريعهم فى مصر فلم لا يكون لهم برلمانهم ممثلا فى شخص هذا النائب ؟ أوليست الجالية الفرنسية فى مصر دويلة فرنسية صغيرة امتدادا لدولة فرنسا الكبرى داخل الأراضى المصرية ! .

(٣) ولكن اذا خالف الأجنبي أوامر أو نواهي دولته فللقنصل الحق فى ابعاده دون قيد أو شرط فيصح حصول الابعاد شفويا وبدون ابداء أسباب ! ! هذا خلاف حق الابعاد بسبب سوء السلوك Conduite scandaleuse الذى أشرنا اليه Du Rausas . ١ . ١٦٤ ونوجه الأنظار بهذه المناسبة الى أن للقناصل الحق فى سن لوائح تسرى على مواطنيهم . راجع تفصيلات شيقة نفس المرجع وما بعدها ٢٥١ .

مؤلفة من تسع قناصل عند الاختلاف [1] ! ! واستمرت الحال على سوئها ، الى وقت انشاء المحاكم المختلطة ، التى أعطت للحكومة سلطة ابعاد الأجانب اذا وجدت أسباب تدعو لذلك و بدون حاجة لرضاء القناصل ، وفسرت نصوص الامتيازات تفسيرا متفقا مع هذه النتيجة ، اذ أنه لم يقصد قط بتقريرها أن تكون « مصر » ملجأ للأشرار والمجرمين من الأجانب انما قصد بهـا تشجيع الاتجار ، هـذا من جهة ومن جهة أخرى فان الابعاد ليس عقوبة جنائية ، ومعلوم أن الامتيازات ترمى الى اخراج الأجانب عن اختصاص السلطات القضائية (المحلية) .

وعلى أية حال فليس للسلطات المصرية أن تقبض على الأجانب الا باذن من القنصل المختص . و يستغنى عن هذا الاذن فى حالة ما اذا ضبطوا متلبسين بجرائم ، وعندئذ يحرر محضر و يرسل الى القنصل المختص مباشرة ، ولهذا الأخير حق التصرف حسبما يراه .

٥٣٩ — وتضمن الامتيازات للأجانب أيضـا حرمة المسكن Inviolabilité du domicile فالأجنبى لا يخضع لسلطـان الحكومة المصرية سواء داخل سكنه أو خارجه . فلا يمكن للبوليس أن يدخل مسكنه للقبض عليه حتى لو كان قد ارتكب جريمة فى خارجـه متلبسا بها . فلو فر الأجنبى أمام الجمهور الذى يتعقبه ، واعتصم هذا الأجنبى بمسكنه فلا يمكن للبوليس الدخول فيه الا اذا استعان بالقنصل أو بمندوبه (المـادة ٧ من امتياز سنة ١٧٤٠) [2] . وكثيرا ما استعمل هـذا الحق — قبل انشاء المحاكم المختلطة — لتعطيل تنفيذ

(١) راجع أبو هيف بك ١٦٩ — ١٧٠ وقاموس القضاء والادارة لجلاد بك النسخة الفرنسية ٢ . ٦٥٤ حيث تجد نصوص هذا الاتفاق . راجع فى قضاء المحاكم المختلطة Lamba . ٤٨ وما بعدها .

(٢) واذا رجعنـا الى نص هذه المادة وجدنا أنه يمنع البوليس من الدخول فى منزل الأجنبى بدون داع أما فى الأحوال الأخرى فيلزم اخطار السفير أو القنصل . والمـادة على هذا الوجه تطبيق للمبادىء العامة فى الحرية الفردية ، الا انه تقرر بها أيضا ضرورة اخطار القنصـل حتى فى أحوال الضرورة ووجود ما يدعو لدخول منزل الأجنبى . فالمبدأ سليم ولـكن تطبيقه خطير . قارن رسالة بركات بك . ١٣٩ وما بعدها .

الأحكام الصادرة ضد الأجانب . وعلى العموم فان اقتحام دار الأجنبي مسألة معقودة برضاء القنصل ان شاء قبل وان شاء رفض ، وليس للمجنى عليه مصريا كان أو أجنبيا الا أن يتحرق غيظا أو يلجـأ الى الانتقام لنفسه . وقد حاولت تركيـا أن تخفف فيما بعـد من مصائب حرمة المسكن فعقدت مع الدول [1] Protocole Bourée في ٩ يونيه سنة ١٨٦٨ وأبيح بمقتضاه للسلطات العثمانية أن تدخل دار الأجنبي فى أحوال خاصـة . وهى حالة الاستعجال urgence أو ارتكاب الأجنبي أو الوطنى لجرائم ضارة بسلامة الدولة أو جرائم خطيرة جدا ، كالقتل أو نحوه ، مما ذكر فى صلب الاتفاق . ولايحتاج هنا البوليس لاستصحاب القنصل أو مندوبه اذا كان منزل الأجنبي على مسيرة ٩ سـاعات أو أكثر من منزل القنصل ! ! كما أبيح الدخول فى أحوال الاستغاثة من الداخل . وقد عرف البروتوكول منزل الأجنبي بأنه محل سكنه وحديقته وتوابعه الخ . ولـكن جرى العرف فى مصر على التوسع فى التفسير فشمل سكن الأجنبي كل ما يملكه الأجنبي ولو لم يكن مسكنه بالفعل ، فلا يمكن دخول محل التجارة [2] ! ! . . ولم يفد احتجاج الحكومة المصرية فيما بعد . وقبلت حرمة المسكن بعض القيود من هذه الوجهة الأخيرة ، وذلك بالقانون الخاص بانشاء المحلات العامة لأنها داخلة

---

(١) اسم السفير الفرنسى فى تركيا وقد وافقت الدول الأخرى على هذا البروتوكول ، وكان ذلك نظير التصريح لرعاياها بتملك العقارات ! وهكذا العلائق الدولية أساسها « اعطنى أعطيك » donnant donnat . وعرف المسكن فى البروتوكول على الوجه الآتى :

« La maison d'habitation et ses attenances, c'est à dire les communs, cours, jardins et enclos contigus à l'exclusion de toutes les autres parties de la propriété »

والاتفاق منشور فى Young . ١ . ٣٤١ — ٣٤٥ و Du Rausas . ١ . ٤٧٧ . وبالنسبة للنص العربى راجع أبو هيف بك . ١٧١ . هامش (١) . و Lamba . ٤٠ وما بعدها .

(٢) انظر Scott . ١٥٦ حيث يشير الى حادثة مشهورة اعتبرت فيها قمرة Cabin الأجنبي على ظهر المركب مسكنا لايصح الدخول فيها الا بحضور القنصل أو مندوبه وكذلك Du Rausas ١ . ٤٧٥ وما بعدها حيث تجد النصوص مشروحة .

ضمن مخالفات البوليس[١] .

ولم تقف حرمة المسكن عند حد حماية الأجنبى فى شخصه بل تشمل أيضا كل من اعتصم به ، فالمجرمون من سائر الجنسيات الأخرى ومن المصريين أنفسهم يمكنهم أن يتهربوا من السلطات المصرية اذا ما أكرم وفادتهم أجنبى مجرم على شاكلتهم من رعايا الدول أصحاب الامتيازات ، وذلك فى انتظار حضور القنصل أو مندوبه ، ولا شك وقتئذ فى احتمال ابتداع طرق ووسائل للفرار من وجه العدالة . ويحصل فى بعض الأحيان أن يلزم حضور قنصلين اذا كان المجرم من جنسية أخرى خلاف جنسية صاحب المسكن ، فيصرح قنصل بدخول المسكن ويصرح القنصل الآخر بالقبض على المجرم اذا لم يكن متلبسا .

وفى النهاية فانه يباح دخول مسكن الأجنبى اذا أباحت ذلك لوائح مخالفات البوليس كمخالفات التقطير أو المحلات العمومية الخ .

ولقد حاول البعض أن يرد حرمة المسكن الى فكرة الخروج عن الاقليم ، ولكن هذا التعليل خاطىء اذ يؤدى الى نتائج غريبة منها اعتبار الأجنبى المولود فى مصر كأنه مولود فى بلده الأصلى . وعلى هذا الأساس اذا اعتصم مجرم بداره فلا بد للقبض عليه من تقديم طلب تسليم extradition وغير ذلك من النتائج الغريبة التى لا تجعل لهذه الفكرة أى وزن هنا .

وغنى عن البيان أن حرمة المسكن ترتفع فى الأحوال التى يرضى فيها الأجنبى بدخول منزله[٢] ، وهيهات أن يسمح بذلك الا اذا كان آمنا مطمئنا .

ومن المؤلم أن نقرر هنا أن امتياز حرمة المساكن قد أسىء استعماله الى حد

---

(١) وقد أفادت حرمة المسكن أخيرا أصحاب المحلات العمومية الأجنبية ، فى استبقاء ماكينات الألعاب الامريكية داخل محالهم آمنين تعرض البوليس رغم صدور قرار من وزير الداخلية بمنعها ، فالقرار سار على المصريين دون الأجانب ! !.

(٢) وتحرم الدول الممتازة على رعاياها عادة بطريقة صريحة التنازل عن مزايا الامتيازات الأجنبية قارن Du Rausas . ١ . ٤٧٩ . وراجع فى تفسير فكرة مجاوزة الاقليم extra-territorialité المشار اليها فى الصلب مؤلف Lamba . ٥٦٠ وما بعدها حيث ينتقدها .

لا يطاق كما يقول بذلك المسئولون عن الأمن فى مصر . والواقع أن وجوده يتنافى كل المنافاة مع سلطان الدولة المصرية . ونعتقد أن هذه المساوىء كلها ستكون أداتنا فى سبيل التخلص من ربقة الامتيازات برمتها .

٥٤٠ — وتقرر الامتيازات للأجانب حرية التجارة ، وهى بيت القصيد من الامتيازات ، وقد استدعى تقريرها تقرير كل الميزات السالفة لضمان التمتع بها . وقد ورد النص بشأنها فى امتياز سنة ١٧٤٠ الذى قضى على كثير من القيود السابقة بشأنها[١] . ولكن قيدت هذه الحرية بالمعاهدات التجارية التى عقدها الباب العالى مع الدول الأخرى[٢] ، وكذلك تعدلت بموجب المعاهدات التى عقدتها مصر ، بعد أن تقرر لها هذا الحق بالفرمان الصادر فى ١٨٧٣[٣] ، ومقتضى القيود التى أوردتها المعاهدات السالفة أن للحكومة الحق فى منع تصدير أى صنف تريد[٤] بشرط أن يكون المنع عاما ، وكذلك لها أن تمنع تصدير الأشياء

---

(١) وترمى نصوص هذا الامتياز الى ازالة العقبات من وجه التجار الأجانب هذا من جهة ومن جهة أخرى تنظم كيفية المعاملة الجمركية . انظر Du Rausas ١ . ١٧٣ حيث يقرر أن هذا التنظيم الأخير صادف تعديلات كثيرة . وكان من المعتاد فى العهد السابق على تقرير الامتيازات على النمط السالف أن تحصل الضريبة الجمركية عدة مرات على الشيء الواحد .

(٢) وكانت تجرى معاهدات الامتيازات فى البداية على تحديد البضائع التى يجوز فيها الاتجار أى التى يجوز استيرادها . ولكن تحولت الأمور بعد ذلك فأصبح المنع هو الاستثناء والاباحة القاعدة . قارن Du Rausas ١ . ١٨١ حيث يشير الى أن أغلب الأشياء الممنوع تصديرها كانت من المحصولات الزراعية اذ لا يجوز تصديرها الا فى أوقات الرخاء .

(٣) وقد قرر فرمان ١٨٦٧ حق مصر فى عقد الاتفاقات الجمركية ثم امتد هذا الحق فشمل المعاهدات التجارية على العموم فى سنة ١٨٧٣ انظر Scott . ١٦٤ حيث يشير الى طائفة من المعاهدات التى عقدتها مصر وفقا لأحكام هذا الفرمان .

(٤) فهل تدخل فى ذلك الأشرطة السينمائية المزرية بسمعة مصر وكرامتها ؟ نعتقد أن المنع فى هذه الحالة أساسه سلطة البوليس العليا la haute police داخل حدود الدولة محافظة على مصالحها الرئيسية وأن منع التصدير فى هذه الحالة مشروع وغير مقيد بأى قيد ما ، ما دام بعيدا عن التحكم ، وليس للمتظلم الا الالتجاء الى الوسائل السياسية دون المحاكم المختلطة لأن العمل هنا عمل سلطة يخرج عن اختصاصها .

الأثرية ، وكذلك أن تمنع الاتجار فى بعض أصناف معينة أخرى كالدخان والحشيش واستيراد الأسلحة . . . . الخ [1] . وقد عقدت مصر جملة معاهدات تجارية وبخاصة فى هذه الآونة الأخيرة أى بعد صدور التعريفة الجمركية فى سنة ١٩٣٠ وسأعود الى الكلام فى هذه المسألة مرة أخرى عند بحث الامتياز المالى .

وعلى العموم فان للأجانب احتراف ما شاء لهم من المهن الحرة فى مصر ! ! ما عدا بعض القيود الضئيلة التى تقرر بقوانين خاصة لا بد من موافقة المحاكم المختلطة عليها ، كالقانون الخاص بممارسة الطب الصادر فى سنة ١٩٢٩ ، وقد حتم هذا القانون امتحان الأطباء الحاملين لشهادات أجنبية مصريين كانوا أو أجانب وذلك حماية للصحة العامة ، أما قبل ذلك فكان احتراف الطب بلا ضابط ولا مراقبة ما دام الشخص حاملا لشهادة أجنبية أيا كانت ! ! .

٥٤١ — وتضمن الامتيازات للأجانب حريتهم الدينية فلهم التمتع بحرية العقيدة وحرية التعبد [2] ، وأساس هذا الحق التسامح الاسلامى ، فللأجانب أن ينشئوا دورا للعبادة ، ولكن ليس لهم أن ينظموا مواكب دينية فى الطرقات خشية اثارة البغضاء فى نفوس بعض الدهماء والعامة ، كما أن لهم أن يبنوا الكنائس ودور العبادة ، وكثيرا ما تمنحهم الحكومة أراضى لهذا الغرض . ومع ذلك فقد لوحظ أن الأجانب قد أساءوا استعمال هذا الحق فنصبوا من أنفسهم مبشرين كأنهم فى بلد لا دين لأهله واستعملوا فى سبيل ذلك وسائل لا تسلم من اللوم رغبة فى اغراء جانب من السكان على اعتناق الدين المسيحى ، أو مذهب معين

---

(١) انظر Du Rausas المرجع السابق نصوص معاهدة ٢٩ ابريل ١٨٦١ مع فرنسا وبخاصة نص المادة ١١ ونص المواد ٣ — ٩ بشأن حق الفرنسيين فى التجارة الداخلية .

(٢) قارن Du Rausas . ١ . ١٩٠ وما بعدها حيث أورد النصوص الخاصة بذلك ومما تقرر بهذه النصوص حق الأجانب رعايا الدول المتازة أو من يستظل بظلها فى زيارة الأماكن المقدسة وأشار أيضا الى الشروط اللازم توافرها لاعتناق المسيحى الأجنبي الاسلام وأخصها حضور شهود يثبتون أن المسيحى قد اعتاد حقيقة القيام بفروض الاسلام . ويقولون ان الغرض من هذه الشروط منع اكراه الأجانب على اعتناق الاسلام (هكذا) ! !

فيه . ودعا كل ذلك الى اثارة القلق فى نفوس المصريين فى كثير من الأحيان[١] .

هذا ولا يسوغ للأجانب بمقتضى نصوص الامتيازات الأصلية أن ينشئوا كنيسة الا بترخيص من الباب العالى[٢] ، ولكن فى مصر عملا بالتسامح المعتاد لا داعى للحصول على هذا الاذن[٣] .

٥٤٢ — وظاهر أن الميزات السابقة التى تقررت للأجانب تخرجهم عن سلطان الحكومة . فسلطان الحكومة الادارى مشلول بالنسبة لهم ، وكذلك الحال بشأن سلطانها السياسى . والواقع أن الضمانات السابقة متعلقة بالقانون العام لأنهـا تورد قيودا على سلطان الحكومة فيما يتعلق بالقانون العام ، فتحد من سلطانها الادارى ، وكذلك من سلطانها المقرر بمقتضى قواعد القانون الدولى العام كدولة متمتعة بالسيادة . فليس بصحيح اذن ما ذهب اليه الأستاذ الزينى من أن الامتيازات السابقة ما عدا حرمة المسكن لا توصف بأنها امتيازات بل انها حقوق عامة مضمونة للأجانب جميعا ممتازين أو عاديين وأن أساسها قواعد القانون الدولى العام والنصوص الدستورية المصرية[٤] .

---

(١) وما زالت الحركة التى قامت ضـد معاهد التبشير فى صيف سنة ١٩٣٣ قريبة الى الذهن . وقد طلب من الحكومة اذ ذاك أن تتدخل لحماية رعاياها ضـد أعمال بعض الهيئات الدينية ، ومع ذلك لم تتمكن الحكومة من اتخاذ أى اجراء ايجابى فى هـذا الصدد لتقييد سلطانها بموجب الامتيازات كما يقولون ، واكتفت بأن حصلت على وعود من جانب هـذه الهيئات بعدم العودة الى ارتكاب هذه الأعمال الشائنة مرة أخرى . فان عادت فماذا يكون الجزاء ؟ ؟ .

(٢) انظر Du Rausas . ١ . ٢٠١ . ويصـدر الترخيص فى شكل فرمان ، ويلزم حتما فى حالة الاصلاح أو التجديد . وعلى أية حال فان الباب العالى لم يرفض اعطاء هذا الاذن الا فى النادر من الأحوال وبخاصة عند ما يكون عدد المنتمين الى المذهب الدينى قليلين .

(٣) انظر Scott . ١٦١ — ١٦٢ حيث يشـير الى الحق فى مرور مواكب الجنازات فى الطرقات العـامة دون قيد أو شرط ، وكذلك عدم وجود قيد بالنسـبة لدق أجراس الكنائس .

(٤) راجع مذكراته . ٢٧٨ حيث يشير الى نصوص الدستور المصرى المقررة للضمانات السابقة بالنسبة للمصريين .

٥٤٣ — تلك هى حالة الأجانب من وجهة القانون العام أو بعبارة أخرى من حيث الحقوق العامة ، أما من حيث القانون الخاص فقد ضمنت معاهدات الامتيازات لهم مركزا ممتازا ، فخرجوا عن السلطتين القضائية والتشريعية الاقليمية على الوجه الذى سنبينه حالا .

٥٤٤ — أباحت الامتيازات للمحاكم القنصلية الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بين رعاياها ولها أن تستعين بالسلطات المحلية فى سبيل تنفيذ أحكامها [١]، ومع ذلك فكان للقاضى الشرعى الحق فى أن يفصل فى تلك المنازعات لو تراضى الطرفان على رفع دعواهم اليه وقد تقرر ذلك فى الامتياز الأول وكذلك فى الامتياز الأكبر ، وظاهر أن فى ذلك موافقة تامة لمبادىء الشريعة الغراء . أما القوانين التى كانت تطبقها المحاكم القنصلية فهى قوانين بلادها مع بعض تعديلات تصدر فى تشريعات خاصة تسمى بالقوانين القنصلية lois consulaires ويراعى فى أحكامها ظروف الزمان والمكان . كما أن القناصل أنفسهم كان لهم أن يصدروا لوائح بوليس [٢] (خاصة برعاياهم) .

والمحاكم القنصلية هى محاكم أول درجة فالاستئناف جائز أمام محكمة أخرى فى بلاد الأجنبى الأصلية ! ! ولكن وجدت بعض الدول مع ذلك أن من الأصوب انشاء محاكم استئنافية فى داخل الديار العثمانية [٣] .

أما المنازعات الخاصة بين الأجانب مختلفى الجنسية فكانت ترفع الدعوى

---

(١) وكان من الطبيعى ايجاد محاكم للنظر فى العلائق القانونية الخاصة بالأجانب ما دامت الحقوق السالفة قد تقررت لهم . فالاختصاص والقانون من شأن المحاكم القنصلية تطبيقا لمبدأ شخصية القوانين انظر Du Rausas . ٢٠٤ حيث تجد نصوص الامتيازات الخاصة بهذا الشأن وفى الاصطلاح الفرنسى immunité de juridiotion . وانظر قبله ١٧٤ .

(٢) كان يصدر لائحة خاصة بضرورة قيد المواليد فى القنصلية أو التبليغ عن الوفايات من رعاياه . . . الخ . .

(٣) كاليونان وانجلترا .

برضا الطرفين اما الى قناصلهم مجتمعين أو الى القضـاة الوطنيين [١] . فاختصاص الجهتين مبنى على التحكيم والرضا . وكان القناصل يبذلون جهدهم للتوفيق بين الطرفين لأنه كان من النادر أن يحتكما الى القاضى الشرعى . فلما وجد القناصل هذا العمل مرهقا ، أنشئت مجالس مختلطة تؤلف من ثلاثة قضاة منهم اثنان من جنسية المدعى عليه وواحد من جنسية المدعى ولم يكن من المتيسر دائما تأليف هذه المجالس ولذلك اختفت . وظهرت فى سنة ١٨٦٢ قاعدة معروفة فى أوروبا وهى « المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليـه » فطبقت فى داخل الأمبراطورية العثمانية واستمرت فيما يتعلق بهـذا النوع من المنازعات حتى الغـاء الامتيازات فى تركيا .

أما اذا كان النزاع حاصـلا بين أجنبى وعثمانى [٢] فالقاضى العثمانى هو المختص بنظره ولـكن بقيود ثلاثة أولا — حضور مندوب من القنصـل . ثانيا — أن لا يقبل الاثبات بالشهادة . ثالثا — أن القضـايا التى تزيد قيمتها عن ٤٠٠٠ اسبير (حوالى ٧٥٠٠ قرش ! !) ترفع أمام المجلس الأمبراطورى

---

(١) انظر مؤلف Lamba المعنون «La condition juridique des européens en Egypte» ١٨٩٦ . ٦٧ وما بعدها المادة ٥٢ من الامتياز الأكبر وتطوراتها .

(٢) وهذه العلائق المختلطة كانت نادرة جدا على الأقل فى بداية تقرير الامتيازات لأن الأجانب كانوا يعيشون بعيدين عن العثمانيين لهم أحيـاؤهم التى تقفل عليهم فى المساء وتفتح فى الصباح . وكان أغلب المعاملات التجارية يحصل نقـدا وفورا ، ولـكن عند ما بدأ التعامل الأجنبى فى الانتشار نشطت العلائق المختلطة . وكان من المعتاد عند قيام النزاع بشأنها أن يحل وفقا للطرق الودية . وتتلخص الاجراءات فى أن يقدم الأجنبى الشاكى الى قنصله شكواه مفصلة فيذهب القنصل أو مندوبه لدى القـاضى ، الذى يبدأ بالتحقيق مع العثمانى بحضور القنصل أو مندوبه وغالبا يتم الاتفاق بين السلطتين على تقرير حل للنزاع دون حاجة لاتخاذ اجراءات قضـائية بالمعنى الحقيق . انظر Du Rausas . ١ . ٢٠٥ — ٢٠٨ حيث يقرر أن نصوص الامتيازات تؤيد ما تقدم .

باستامبول[١] . ولم يكن هذا المجلس محكمة بالمعنى الحقيقى بل كان أقرب الى مجلس سياسى تسمع فيه أقوال القنصل ، وكانت أحكامه فى أغلبها محاضر صلح وتوفيق .

وفى سنة ١٨٧٢ أنشئت فى تركيا محاكم نظامية مدنية خلاف المحاكم الشرعية ، تطبق الأحكام المذكورة فى المجلة كما أنها استعانت ببعض أحكام من قانون ناپليون . وتبع ذلك انشاء محاكم تجارية مختلطة تطبق القانون التجارى التركى الذى نقل عن التشريع الفرنسى وسمح فى هذه المحاكم بوجود قضاة محلفين أجانب من جنسية الأجنبى الموجود فى الدعوى[٢] .

وأعطى للمحاكم القنصلية[٣] الحق فى الحكم فى الجرائم التى يرتكبها رعاياها

---

(١) ولا يخفى ما فى ذلك من حرج مما دعا فيما بعد الى الخروج عن الأحكام المقررة بنصوص الامتيازات واتباع أحكام أخرى أقرتها العادة حسبما سنفصله فيما بعد . كما أنه لا يخفى من الجهة الأخرى أن تقرير الاختصاص للقاضى معناه تطبيق أحكام الشريعة الغراء فلم يكن هنا محل اذن لاتباع قواعد تنازع القوانين التى كانت معروفة فى أوربا فى ذلك الوقت لما هو معلوم من وجود التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . ومن الغريب أن يقبل الأوروبيون بسهولة هذا المركز القانونى لرعاياهم ولكن يظهر أن العلة ترجع الى ضآلة المعاملات والعلائق القانونية بينهم وبين المسلمين قارن Du Rausas . ١ . ٢١١ وما بعدها .

(٢) وأنشئت هذه المحاكم بفضل قانون « التنظيمات » وبدأت عملها فى سنة ١٨٤٦ مع أنها كان المفروض أن تبدأ ذلك العمل فى سنة ١٨٣٩ . Scott . ١٩٣ وكانت تؤلف من قاض وأربعة من المحلفين منهم اثنان من الأجانب .

(٣) وعلك القنصل وحده حق الفصل نهائيا فى المخالفات أما فى الجرائم الأخرى فيعاونه محلفون عادة وحكمه ابتدائى . ومن الغريب أن كل حكم بالحبس يمكن استبداله بغرامة ماليا بواقع ١٠ فرنك عن كل يوم قارن Férand-Giraud . ٢ . ٤٣٣ و Lamba . ٤٠ بالنسبة للقضاء القنصلى الفرنسى . ويلاحظ أن اختصاص القضاء المحلى يشمل الجرائم التى تقع فى حدود الامبراطورية العثمانية مهما بعدت الشقة كما يمتد أيضا الى المياه الاقليمية العثمانية . ويصح أن يمتد الآن الى الهواء فى الجرائم التى قد تقع من الطائرات أو فيها ! !

وتطبق فى ذلك تشريعها الخاص[١] ، وهكذا أصبح لقوانين العقوبات الأجنبية وهى فى الأصل قوانين اقليمية صرفة ، سلطان فى بلاد الدولة العلية . فاذا كان الفعل معاقبا عليه وفقا للتشريع المحلى ولم يكن معاقبا عليه فى تشريع الأجنبى فلا يمكن محاكمته لا أمام محكمة القنصلية ولا أمام المحكمة الوطنية ! ! على أنه اذا كان المجنى عليه عثمانيا فالقاضى التركى هو المختص بنظر القضية وينفذ حكمه[٢] . فاذا صدر الحكم بالسجن فلا يسجن الأجنبى كبقية المجرمين العثمانيين بل للأجانب سجون معينة وللقناصل الحق فى زيارتها ! ! وقد تمكن الأمريكيون من أن ينصوا فى معاهدة امتيازهم على عدم خضوعهم للقاضى التركى فى المسائل الجنائية اطلاقا وتمسكوا بهذا الحق على الدوام .

وقد قام خلاف كبير حول حق السلطات المحليــة فى الأحوال التى تختص فيها بالحكم فى الجريمة عما اذا كان من الجائز لها حبس المجرم حبسا احتياطيا أو لا ، على أن هذا الحق كان بعيدا عن الخلاف فى حالة التلبس .

٥٤٥ — ومن أهم الحقوق الخاصة التى حرم الأجانب من التمتع بها زمنا طويلا الحق فى تملك العقارات فى ديار الدولة العلية ، لذلك اعتادوا ، اذا ما أرادوا استثمار أموالهم فى هـذه الناحية أن يسخروا أشخاصا آخرين enterposé من

---

(١) ولم يكن فى تقرير ذلك الحق أية منافاة لاعتبارات النظام العــام فى ذلك الوقت لأن الأوروبيين كما أوضحناه كانوا يعيشون فى أحيــاء خاصة يصرفون أمورهم كما يرون . قارن Lamba ٣٧ وما بعدها . حيث يقرر أنه لم يكن مقصودا مطلقا الاعتداء على الســيادة العثمانية أو احتقار العدالة العثمانية ، اذ لا يقبل سلاطين آل عثمان العظام هذه المعاملة . ويرى الأستاذ Lamba أن التشريع الاسلامى باتباعه أحكام الدية ، وهى دعوى مدنية ، فى المسائل الجنائية يجعل الاختصاص فى هذه المسائل ملحقا بالمسائل المدنية ، وهى متروكة للقناصل كما قدمنا . قارن بركات بك . ١٤٢ وما بعدها .

(٢) ولا يمنع ذلك من وجوب اخطار القنصل التابع له الأجنبى المتهم . ومن الغريب أن السلطات العثمانية اعتادت فى كل مرة يطلب فيهــا القنصل السماح له بالتحقيق والمحاكمة أن لا ترفض هذا الطلب ! ! Féraud-Giraud . ٢ . ٣٥٠ حيث يشــير الى مؤلف Martens المعنون Guide diplomatique . ١ . المواد ٦ — ٧٠ .

العثمانيين المسلمين ، الى أن صدر قانون سنة ١٨٦٧ (٧ صفر سنة ١٢٨٤) الذى أباح للمسيحيين جميعا تملك العقارات فى سائر أنحاء الدولة العلية ما عدا الحجاز . ولقد وضع المشرع العثمانى لذلك شروطا أهمها : (١) أن يدفع الأجانب الضرائب العقارية (٢) أن يخضعوا لكل القوانين العقارية بما فيها لوائح البوليس المتعلقة بها (٣) أن تختص المحاكم العثمانية بنظر جميع المنازعات المتعلقة بالعقارات ولو كانت بين أجانب متحدى الجنسية (٤) أن توريث العقارات يخضع للقانون العثمانى أو بعبارة أخرى للشريعة الاسلامية [1] .

وفى مصر أباح محمد على وخلفاؤه للأجانب تملك العقارات قبل التاريخ السابق بزمن طويل جريا على السياسة التى كانت ترمى الى استجلاب عطف دولهم . ولا يمنع ذلك من سريان قانون سنة ١٨٦٧ على الأجانب المقيمين فى مصر ، لأن الدول الأجنبية قد وافقت عليه بعد اصدار الدولة العلية له ببروتوكول خاص . وسنرى أن قاعدة « المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه » كانت متبعة فى مصر رغم القانون العثمانى السالف .

٥٤٦ — ساد هذا النظام الذى قضت به الامتيازات فى مصر ، ولكن منذ سنة ١٧٤٠ بدأ يتأثر بالعرف ، فتغيرت معالمه تغيرا واضحا فى القرن التاسع عشر . ويمكن القول بأنه قد ظهر نظام جديد على أساس النظام الذى تقول به معاهدات الامتياز . ومبنى هذا النظام العرف الذى اتبع حتى أصبح سائدا ومعترفا به من الجميع . ومنذ ذلك الحين ظهر فى المعاهدات والقوانين المصرية حتى وقتنا هذا تحفظ هام يقضى بعدم المساس بحقوق الأجانب المكتسبة بالمعاهدات أو بالعادات المرعية . أى ان هناك نظاما خاصا بمصر أساسه العادة . واستمر هذا النظام حينا

---

(١) ومعنى ذلك أن الامتيازات لا تمتد الى العقارات بل قصرت فقط على الأشخاص والمنقولات . وقد أتى النص على ذلك صراحة فى البروتوكول السابق . انظر بركات بك ١٧٩ . حيث يقرر أن اعطاء الأجانب هذا الحق يدل على تغير كبير فى حالتهم اذ يعد مظهرا لرغبتهم فى التوطن فى ديار الامبراطورية العثمانية واقلاعهم بعض الشىء عن أن يكونوا مجرد تجار متنقلين .

من الدهر حتى عقدت المعاهدات الخاصة بانشاء المحاكم المختلطة التى خلقت لكى تقضى على بعض مساوئه . ويجب أن نشير هنا الى النقط الأساسية فى هذا النظام الذى اندثر ، اذ كان من المنتظر أن تقول الدول ببعثه اذا ما ألغيت المحاكم يوما ما بغير رضاها .

٥٤٧ — قضى العرف فى مصر أن تهمل قواعد الاختصاص القضائية والتشريعية التى أتت فى معاهدات الامتيازات ، لكى يترك المجال لاتباع قاعدة شهيرة فى عالم القانون هى قاعدة « المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه » وطبقت هذه القاعدة على اطلاقها فأدت الى سحب الاختصاص من المحاكم المحلية فى أحوال كثيرة [١] . فاذا أراد وطنى أن يرفع دعواه على أجنبى ، فانه يرفعها أمام قنصليته بدلا من رفعها أمام المحكمة المحلية . . . فلم ذلك ؟ هناك أسباب مختلفة أخصها أنه كان من اللازم حضور القنصل أو مندوب به فى المحكمة المحلية ، وكان من المعتاد أن يتقاعس القناصل فى تأدية هذا الواجب ، كما أنه اذا صدر حكم من المحكمة المحلية فانه لا يمكن تنفيذه بغير حضور القنصل أو مندوب به وهو لا يحضر التنفيذ ولا يجيزه (حرمة المسكن ! !) الا اذا أعاد النظر فى الحكم من جديد أفليس الأولى اذن رفع الدعوى اليه من بادىء الأمر ؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى فانه بمقتضى نصوص الامتيازات كان من الواجب رفع الدعاوى التى قيمتها أكثر من ٤٠٠٠ اسبير أمام المجلس الأمبراطورى فى الاستانة فلم يكن من المعقول فى غالب الأحيان أن يتحمل الطرفان مشقة السفر للنظر فى الدعوى .

أما فى الأحوال التى تكون فيها الدعوى بين أجانب مختلفى الجنسية فلم يحصل التطور الذى تم فى تركيا بل تقرر تطبيق قاعدة أن المدعى يسعى الى محكمة

---

(١) وهكذا أصبح النظام المبنى على العادة فى مصر مختلفا كل الاختلاف عن النظام الذى تقضى به الامتيازات ، والنظام الأخير مطبق فى سائر أنحاء الامبراطورية العثمانية . ومن رأى الأجانب فى النظام المصرى أنه نظام يقرر لهم ضمانات أكثر فلا يسوغ للمصريين طلب الرجوع الى النظام القديم أسوة بالولايات العثمانية الأخرى . راجع رسالة Meyer . ١٥٧ — ١٥٨ حيث يورد نص خطاب وزير خارجية فرنسا الى الباب العالى فى سنة ١٨٦٦ بهذا المعنى .

المدعى عليه مباشرة . على أن الأغرب فى هـذا كله أن الدعاوى التى يرفعها الأجانب على الوطنيين كانت ترفع فى بعض الأحيـان أمام قنـاصلهم ، وقبل الوطنيون هذا الاختصاص لاعتبارات عملية كثيرة ، منها أنه يسهل عليهم طلب الطلبات الفرعيـة المعروفة باسم demandes reconventionnelles أمام المحكمة القنصلية ولم يكن فى وسعهم أن يطلبوها أمام المحكمة المحلية لأنها مختصة بالحكم على الوطنيين دون الأجانب ! ! فالخلاصة اذن أنه بمقتضى هـذا النظام سلبت المحاكم القنصلية اختصـاص المحاكم المحلية فى مسائل كثيرة مخالفة بذلك حتى نصوص الامتيازات نفسها ، ولم يكن اختصاص المحاكم القنصلية مقصورا على العلائق المنقولة بل تجاوزها الى العقارات ، فخضعت العقارات المصرية للمحاكم القنصلية[١] .

٥٤٨ — وتقرير الاختصاص القضائى فى مختلف هذه المسائل للجهات القنصلية ، معناه أن لهـا أيضا الاختصاص التشريعى ، لما هو معلوم من وجود ارتباط وثيق بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى فى مصر ، فمن السهل اذن تصور الأضرار البالغة التى نجمت عن هذه الحالة ، تلك الأضرار التى وجدت قواعد تنازع القوانين فى العالم لتلافيها . والواقع أنه كان فى دار كل قنصلية دفاتر تسجيل لانتقال ملكية العقارات ، ولا تنتقل الملكية فى مواجهة رعاياها الا اذا حصل تسجيل التصرف فيها ! ! وهكذا كانت الفوضى بعينها مقررة فى المعاملات العقارية ولم يسلم من شرها انسان[٢] ، وقد أدت هذه الفوضى الى ايجاد شعور

---

(١) راجع فى تطور الحالة مؤلف Lamba ٦٧ ومابعدها حيث يرد السبب الرئيسى فى تحول نظام الامتيازات الى انتشار التجارة وتزايد عدد الأوروبيين واختلاطهم بالوطنيين وتجردهم عن أحيائهم الخاصة ، فـكان من الطبيعى اهمال النظام القديم نظرا لتغير الأحوال . ولو كان هذا الرأى صحيحا كان من اللازم ظهور نفس التطور فى الدولة العلية نفسها اذ الأحوال كانت متحدة أو على الأقل متقاربة . قارن بحث الأستاذ عزيز خانكى . المحاماة . ١١ . ٤٦٩ .

(٢) وقد عنى شراح القانون المدنى فى مصر بايضاح هذه الأضرار البالغـة . ومن بينهم Messina وراجع Lamba . ٧٣ حيث يشير الى مناقشات اللجنة الدوليـة التى انعقدت فى مصر سنة ١٨٦٩ وقد نشرت فى الجورنال ١٨٧٤ . ٦١ . ونوجه الأنظار الى أن فى اتباع =

عام بضرورة الاصلاح فوضع النظام المعروف باسم « نظام الاصلاح » La Réforme . ومن الغريب أن البعض كان يرى فى هذا النظام القديم ، بما فيه من اضرار ومساوىء ظاهرة ، ضمانة كافية لصيانة أموال الأجانب وأرواحهم ! ! اذ لم يرض هؤلاء باستثمار أموالهم فى البلاد الا تحت سلطان هذا النظام الذى تقرر حماية لهم ! ! وظاهر أن هذه الحجج كلها باطلة ولذا لم تفلح فى النهاية ، اذ قوامها الرغبة فى امتهان سلطان الدولة المصرية ، واعطاء المحاكم القنصلية سلطانا أثيما .

٥٤٩ — وتخفيفا لهذه الويلات السابقة أنشأت الحكومة بالاتفاق مع الدول ما يسمى « بمجلس التجار » وهو مجلس مختلط التكوين اعتاد أن يطبق فى غالب الأحيان على المنازعات التجارية القانون الفرنسى اذا لم يكن هناك ما يكفى فى نصوص قانون التجارة العثمانى[1] . وقد كانت هذه المجالس الأنموذج الذى أنشئت على نمطه المحاكم المختلطة .

٥٥٠ — أما علائق الأجانب المدنية مع الحكومة أو مع أحد فروعها فكانت تسوى بالطرق السياسية ، ولطالما استفاد الأجانب من ضعف الحكومة للحصول على تعويضات باهظة لما قد يصيبهم من أضرار ولو محتملة[2] أو وهمية .

٥٥١ — أما فى المسائل الجنائية فقد امتد اختصاص المحاكم القنصلية حتى شمل الجرائم التى تقع من رعايا على المصريين أو الأجانب على السواء .

= هذه الأحكام مخالفة ظاهرة لأحكام لائحة ٧ صفر ١٢٨٤ . وراجع أيضا Lamba . ٧٨ — ٨٣ حيث بين مساوىء هذا النظام .

(١) وقد نشرت نصوص هذا القانون فى مؤلف Féraud-Giraud . ١ . ٣١٢ وما بعدها . وانظر أيضا Lamba . ٧٣ — ٧٤ حيث تجد موجزا لتكوين هذه المحاكم واختصاصها .

(٢) ومن المشاهد أنه عند انشاء المحاكم المختلطة بلغت طلبات التعويضات من جانب الأجانب ٤٠ مليونا من الجنيهات ! ! انظر Lamba . ١٠٦ .

وكثيرا ما كان يفلت المجرم الأجنبى من توقيع العقوبة عليه اذ يحصل أحيانا [١] أن لا يحاكم فى مصر أمام محكمته القنصلية بل يرسل الى الخارج كى يحاكم أمام محاكم دولته ! ! ويصعب على هذه المحاكم أن تقضى بالعقوبة ، اذ كيف تسمع شهادة الشهود ؟ وكيف تتم مواجهة المتهم مع غيره ؟ وكيف تحصل المعاينة ؟ أو يمكن القضاء فى المسائل الجنائية وفقا للأوراق فقط ؟ واذا سلمنا بذلك فمن الذى يحرر هذه الأوراق ؟ . . وهل يحررها قانونيون [١] ! !

٥٥٢ — وحاول البعض تفسير هذا الوضع الذى جاء على عكس نصوص الامتيازات نفسها ، بأنه لم يكن فى مصر وقتئذ نيابة عمومية تتولى التحقيق وتقديم المتهمين الى المحاكمة ، كما أن الوطنيين كثيرا ما كانوا يقبلون تعويضا ماليا بدلا من طلب العقوبة [٢] . فاذا لم يطلب المجنى عليه أو السلطة المحلية توقيع عقوبة فليس من المعقول أن يقوم القنصل بالتحقيق من تلقاء نفسه ! ! أما اذا طلب توقيع عقوبة ، فعلى المدعى أن يثبت للقنصل ما وقع عليه من ضرر وجرم ، وذلك بدل أن يسعى القنصل نفسه لجمع الأدلة التى تثبت وقوع الجريمة ! ! ومن الطبيعى أن يسلك القناصل هذا المسلك اذ أنهم وجدوا لحماية رعاياهم فكيف يعاونون على اثبات الجرائم التى يرتكبها هؤلاء الرعايا .

ومن الجهة الأخرى فان مخالفات البوليس التى يقصد بها تنظيم الشئون العامة لحياة الجماهير (مخالفات الطرق والمرور والصحة . الخ) فان الأجانب لم يخضعوا اذا ما خالفوها للمحاكم المحلية بل كان المتبع أن يحرر المحضر اللازم ويرسل الى قنصلياتهم ! وقد تقرر ذلك فى عهد الخديوى سعيد باشا فى سنة ١٨٥٧ .

---

(١) وبخاصة فى حالة وقوع جناية منه .

(٢) (راجع Lamba . ٧٧ حيث يقرر أن الحكومة المصرية قد اعترفت بهذا المركز القانونى رغم مخالفته لنصوص الامتيازات . انظر أيضا المراجع التى أشار اليها فى ٧١ هامش (١) .

٥٥٣ — دامت الفوضى القضائية السابقة فى البلاد زمنا طويلا ، ولاقى منها الجميع أضرارا كثيرة ، وقد اضطرت الحكومة عند ما رأت تضعضع سلطانها وضياع مصالح رعاياها وانتشار الفوضى بين الناس أن تلفت أنظار الدول الأجنبية الى سوء الحال فطالبتهم بالتنازل عن امتيازاتهم المقررة بالعادة والرجوع الى نظام الامتيازات الأصلى ، ولكن لم يستمع هؤلاء قط لندائها ، فعرضت الحكومة المشروعات تلو المشروعات لتخفيف هذه المساوىء ، فقوبلت هذه الحركة بالصخب والضجيج والاحتجاج من جانب الجاليات الأجنبية المختلفة ، ولكن رغم ذلك كانت الحكومة جادة فى مسعاها ، اذ لم يكن هناك بد من تغيير الحال التى أضحت لا تطاق ، فاستمرت المفاوضات وتألفت اللجان ، واضطرت الحكومة فى النهاية الى قبول نظام يقضى بانشاء المحاكم المختلطة . وتتكون الأغلبية فى هذه المحاكم من قضاة أجانب ، فانتصر بذلك العنصر الأجنبى على العنصر الوطنى ، وأعطيت هذه المحاكم اختصاصا واسعا يشمل كل المنازعات بين الوطنيين والأجانب ، و بين الأجانب المختلفى الجنسية ، و بين متحديها اذا كانت الدعوى عقارية . والمفروض أن هذه المحاكم مصرية لأنها تصدر أحكامها باسم جلالة ملك مصر ، كما أن تعيين القضاة فيها يتم بمرسوم ملكى بناء على ترشيح من الدول الأجنبية ، ويستولى هؤلاء القضاة الأجانب على مرتباتهم الضخمة من خزانة الدولة المصرية . ولكن لا يغيب عن الذهن من الجهة الأخرى أن هذه المحاكم هى فى الواقع دولية ، وعدالتها عدالة دولية [1] ، اذ لا يمت قضاتها للدولة المصرية

---

(١) وان كان ذلك لم يمنع الولايات المتحدة من اثارة ضجة فى هذا الصدد بمناسبة قضية جورج سالم . راجع قبله ٥٧٨ هامش (٢) فيصل التفرقة المتبع اذا كان شكليا critère formel فالمحاكم المختلطة مصرية ، أما اذا كان موضوعيا فالمحاكم المختلطة دولية . وقارن Lamba . ١٢٧ وما بعدها حيث يورد بعض أدلة بشأن اعتبار المحاكم المختلطة محاكم القانون العام tribunaux de droit commun فى مصر .

بأية علاقة . وعندى أن هذه المحاكم فى الحقيقة محاكم قنصلية كبرى[١] ، اذ تمثل قضاتها القضاء القنصلى فى مصر على شكل أوسع وذلك رغم التزامهم بتطبيق تشريع أوروبى ، هو التشريع الفرنسى الذى صدر فى مجموعات خاصة عرفت باسم المجموعات المختلطة . نعم ان المجموعة المدنية قد تأثرت فى بعض نواحيها بأحكام الشريعة الاسلامية ولكن هذا لا ينفى عنها صفتها الأساسية وهى أنها مجموعة أوروبية بحتة . وسنرى أن لهذه المحاكم[٢] من السلطة داخل الدولة ما يكفى لأن تكفهر أمامه سيادة الدولة المصرية التى تنتهى غالبا بالانكماش فى حدود ضيقة ! !

٥٥٤ — ولكن لا يمكننا رغم ما تقدم أن نغمط هذه المحاكم قدرها ، فانها قد أدت منذ انشائها خدمات جلى للعدالة[٣] ، اذ توحد بها القضاء ، وأمكن تنفيذ أحكامها على الأجانب بغير حاجة لحضور القناصل ، وكذلك لا ننسى أنه عند انشائها كان النظام القضائى المصرى ضعيفا تحوط به مصاعب شتى ، فالقضاة كانوا فى أغلبهم من رجال الدين ، وكان من الصعب عليهم ادراك الحالة الجديدة فى البلاد وفهمها ، ولم يكن هناك تشريع منظم حتى لاجراءات رفع الدعوى ، بل كانت الفوضى ضاربة أطنابها فى القضاء المحلى ، مما جعل الناس

---

(١) اذ قضاتها ينتسبون الى الدول الممتازة التى تختارهم للجلوس فيها ويضم اليهم القضاة المصريون الذين يمثلون العنصر المصرى . وفى وجود هؤلاء ما يغير الوضع الذى نقول به بعض الشيء ، ولكن اذا راعينا أن المصريين أقلية فى تشكيل هذه المحاكم تحققنا من موافقة رأينا للواقع دون موافقته للقانون .

(٢) فنشوء هذه المحاكم يرجع الى الافراط فى تطبيق قاعدة « المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه » قارن Lamba . ٨٣ وما بعدها حيث يفصل المفاوضات الخاصة بانشاء هذه المحاكم . والمجهودات القيمة التى بذلها المغفور له نوبار باشا . والواقع أن المحاكم المختلطة تعيش بعيدة عن الحكومة المصرية وكذلك عن الأمة المصرية فانتهت الى أن تكون سلطة داخل الدولة المصرية . قارن مقال منشور فى المجلة ١٨٧٥ . ١٧٤ .

(٣) وان كان بعض أحكامها قد شابته شوائب التأثر باعتبارات سياسية أو جنسية أو شخصية كما قرره اللورد Milner فى كتابه « England in Egypt » الفصل الرابع .

يستبشرون خيرا بانشاء المحاكم المختلطة ، ومعلوم أن نجاح المحاكم المختلطة فى مهمتها قد أدى فى فترة وجيزة الى انشاء المحاكم الوطنية (الأهلية) وظهور ثقافة قانونية أوروبية[١] فى البلاد ، وانشاء مدرسة للحقوق خرجت قضاة جديدين قديرين على فهم النصوص الحديثة وتطبيقها أسوة بالقضاة الأوروبيين . وهكذا تقوى العنصر الوطنى من الوجهة القانونية وثبتت أقدام المحاكم الأهلية فى مدة قصيرة ، فبدأ المصريون يطالبون بسيادة محاكمهم الوطنية على جميع القطان بلا تميز وبضرورة الغاء المحاكم المختلطة لانتفاء الحاجة اليها لأنها لعبت دورها فى أن تكون أداة اتصال بين النظام القديم ، نظام تعدد الجهات القضائية ، الى النظام الواجب الاتباع ، وهو توحيدها وذلك بجعل الاختصاص برمته للمحاكم الوطنية ما دامت قادرة على الاضطلاع بأعبائه[٢] .

٥٥٥ — وبجانب الاختصاص المدنى السابق فللمحاكم المختلطة اختصاص جنائى ولكنه ضئيل ، وبيان ذلك أن مجموعتى العقوبات وتحقيق الجنايات المختلطتين لم توافق عليهما الدول الأجنبية ، فبقى اختصاص المحاكم المختلطة فى هذا الصدد مقصورا على الأحوال التى تشير اليها نصوص لائحة ترتيبها . فتنص المادة ٦٥ منها على أن الأجانب يخضعون لاختصاص المحاكم المختلطة فى جميع مخالفات البوليس وتتقرر هذه المخالفات بلوائح تصدر بطريقة خاصة سنبينها حالا . وهذا الاختصاص الذى نشير اليه لا ينفى بقاء اختصاص المحاكم القنصلية بنظر مخالفات رعايا ضد قوانينهم الخاصة . فالاختصاص القنصلى باق فى هذه المسائل وكذلك فى أغلب

---

(١) انظر قبله ١٧٨ . وقارن Lamba . ١٠٧ حيث يبين مزايا انشاء المحاكم المختلطة وتأثير ذلك فى تطبيق القواعد المقررة بالامتيازات .

(٢) قارن Lamba . ١٠٣ وما بعدها الذى يعتبر أن انشاء المحاكم المختلطة فيه معنى الاعتراف بالسيادة المصرية ولو اسما على الأجانب بدلا من الوضع القديم الذى من مقتضاه خضوع الأجانب لسيادة دولهم دون غيرها . فأساس وجود هذه المحاكم تنازل من جانب الدول الممتازة عن بعض حقوقها فى القضاء وفقا لنصوص الامتيازات . ومن رأينا أن هذا التنازل قد أوحته اعتبارات قوامها مصلحة هذه الدول دون أى اعتبار آخر .

المسائل الجنائيـة الأخرى ما عـدا ما انتزعته المحاكم المختلطة منها وهو ضئيل كما قدمنـا .

وتختص المحاكم المختلطة أيضا بنظر الجنح والجنايات التى تقع من جميع القطان فى أحوال خاصة ، وهى الجرائم الموجهة ضد نظام المحاكم المختلطة كالاعتداء على أشخاص موظفيها أثناء تأدية وظائفهم أو بسبب تأدية هـذه الوظائف . وكذلك الجرائم التى يرتكبها هؤلاء الموظفون أثناء تأدية وظائفهم أو خروجا عن حدود سلطتهم ، وفى النهاية تختص أيضا بجرائم الافلاس .

وظاهر أن هذا الاختصاص ضيق بالمقارنة مع الاختصاص المدنى ، وهكذا احتفظت المحاكم القنصلية باختصاصها بهـذه المسائل [١] . وليس من الصعب فى شىء تخيل الفوضى المفرطة التى تنجم عن اتباع هذا النظام . وقد حاولت الحكومة تعديل هذا الوضع من طريق توسيع اختصاص المحاكم المختلطة ونزع اختصاص المحاكم القنصلية ، وكانت آخر محـاولة فى أيام مفاوضات ثروت — تشمبرلن ، ولـكنها لم توفق الى الآن [٢] .

٥٥٦ — والخلاصة اذن أن اختصاص المحاكم المختلطة قد قام على أساس نزع اختصاص المحاكم القنصلية وكذلك القضاء المحلى فيما يتعلق بالعلائق المالية ، أما علائق الأحوال الشخصية فبقيت خاضعة للنظام القديم ، وكذا الشأن فى المنازعات المالية [٣] بين الأجانب المتحدى الجنسية الا اذا كانت الدعوى عقارية

---

(١) وقد ذهب بعض المحاكم القنصلية لتقرير اختصاصه بنظر الدعوى المدنية باعتبار أنهـا تابعة للدعوى الجنائية حتى فى حالة اختلاف الجنسية ولـكن رفضت المحاكم المختلطة تأييد هذا المسلك راجع أبو هيف بك ١٨٧ .

(٢) وسنشير فيما بعد الى المجهودات التى بذلت فى هذا الصدد وانظر بالنسبة للنظام الحالى مؤلف المرحوم أبو هيف بك ١٨٣ وما بعدها حيث تعرض لشرح هـذا الاختصاص الجنائى بشىء من التفصيل . وراجع بالنسبة للاجراءات الجنائية . نفس المرجع ١٨٨ .

(٣) ولـكن لا يغيب عن الذهن أن المحاكم القنصلية تختص بنظر دعاوى الأحوال الشخصية اذا كان المدعى عليه من أحد رعاياها أى أنه لا حاجة هنا لاتحاد الجنسية .

أو مثلت فيها مصلحة مختلطة[١]. وأما اختصاص هذه المحاكم من الوجهة الجنائية فقد رسمت له الحدود الضيقة السابقة .

٥٥٧ — ومن الملاحظ أن المحاكم المختلطة قد توسعت فى اختصاصها على حساب الهيئات الأخرى فأوجدت النظرية المعروفة باسم « الصالح المختلط » وارتكنت عليها لتأييد اختصاصها فى مسائل كان من المفروض أن تخرج عن هذا الاختصاص فاضطر المشرع الى التدخل فى بعض الأحوال بنصوص تشريعية خاصة لكى يحدد من تطبيق هذه النظرية [٢] . وكذلك اعتبرت هذه المحاكم نفسها مختصة بنظر منازعات الأجانب غير الممتازين وأنكرت هذا الاختصاص على المحاكم الأهلية رغم تعديل المشرع المصرى لنص المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية [٣] .

٥٥٨ — وقد استدعى خروج الأجانب عن اختصاص المحاكم الوطنية أنهم لا يخضعون أيضا للتشريع المصرى . فلا يمكن للسلطة التشريعية المصرية أن تسن قانونا ينفذ على الأجانب حتى فى الحدود المرسومة فى معاهدات الامتيازات الا بعد اتباع اجراءات خاصة ، نص عليها فى المادة ١٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة المعدلة بقانون سنة ١٩١١ الذى وافقت عليه الدول. وقد كان مضمون المادة القديمة أنه لا بد من موافقة هيئة القضاة corps de magistrature على التشريع المقترح ، أى ان من اللازم اجتماع عدد غفير من القضاة فى مختلف المحاكم المختلطة لكى يبحثوا ويمحصوا القانون كهيئة تشريعية ثانية بجانب الهيئة

---

(١) انظر مؤلف Lamba . ١٣٥ وما بعدها حيث عرض لنظرية الصالح المختلط بايضاح كاف .

(٢) قارن دكريتو ١٩٠٠ بالنسبة لمجلس بلدى اسكندرية واعتباره خاضعا لاختصاص المحاكم الأهلية فى معاملاته مع المصريين انظر بالنسبة للوضع السابق مؤلف Lamba . ١٧٠ وما بعدها وبخاصة حكم استئناف مختلط ١٢ مارس ١٨٩٦ المنشور فى نفس المرجع .

(٣) انظر قبله . ١٤ هامش (١) .

التشريعية المصرية !! ولهذه الهيئة أيضا حق اقتراح القوانين وقد لوحظ أن اتباع هذه الطريقة لا يخلو من مضار وفيه تحد ظاهر لسلطات الحكومة لذلك لجأت هذه الأخيرة فى كثير من الأحوال الى أخذ موافقة الدول على القوانين بصفة منفردة . ولكن فى سنة ١٩١١ بذلك الحكومة مساعى جديدة لتغير المادة ١٢ السالفة الذكر . فأعطيت سلطة فحص القوانين للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة بشرط أن يحضر الجلسة أقدم قاض من كل دولة من الدول التى وافقت على انشاء المحاكم المختلطة اذا لم يكن لها مستشار بمحكمة الاستئناف . وكذلك لا بد أن يحضر المداولة ١٥ عضوا على الأقل ، ويصدر القرار بأغلبية ثلثى الحاضرين . ولا تصدر مشروعات القوانين التى صدق عليها بهذا الشكل الا بعد مرور ثلاثة شهور من تاريخ التصديق . وهذه الفترة متروكة للدول كى تستعمل حقها فى المعارضة Veto ، فان حصلت تتم المداولة من جديد فاذا وافقت عليه الجمعية العمومية بالأغلبية السابقة فانه ينفذ — وكذلك أباحت هذه المادة للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف منعقدة بجلسة اعتيادية (أى دون أن يضم اليها قضاة الدول التى ليس لها مستشارون) أن تبلغ وزير الحقانية الاقتراحات التى تراها مناسبة بشأن تعديل التشريع المختلط . وفى النهاية فانه اذا مضى على مشروع القانون ثلاثة شهور بعد الميعاد الذى كان يمكن فيه نشره ولم ينشر يعتبر المشروع متروكا ولا يجوز الرجوع اليه الا بعد تطبيق أحكام هذه المادة .

ولا شك فى أن اتباع هذه الاجراءات أهون بكثير من اتباع الاجراءات السالفة [1] . وكثيرا ما لجأت الحكومة الى اتباعها بغية تطبيق تشريعات مختلفة على الأجانب . ومع ذلك فانه يلاحظ أن الجمعية العمومية السالفة لا تملك مطلقا الموافقة على التعديلات الخاصة بلائحة ترتيبها ، لأن هذه اللائحة بمثابة معاهدة بين مصر والدول الأخرى [1] ، كذلك لا يغيب عن الذهن أن اعطاء هذه السلطة

(١) راجع فى مزايا هذا التعديل أبو هيف بك ١٩١ .

للجمعية العمومية مخالف للوضع الطبيعى للأمور ، اذ يجعل من قضاة محكمة الاستئناف مشرعين Conseillers legislateurs ، ويجعل بجانب السلطة التشريعية المصرية سلطة تشريعية أخرى تعلن فى صراحة وجلاء مقدار انتقاص السيادة المصرية وعجزها . وظاهر مقدار تحوط الدول وتحرزها حتى فى التعديل الأخير اذ اشترطت أغلبية خاصة للتعديل وأعطت لنفسها حق الاعتراض . . الخ مما يفهم منه أنها هى الأخرى لاتثق ثقة كاملة بقرار الموافقة الذى يصدر من ممثليها فى أعلى هيئة فى القضاء المختلط !!

٥٥٩ — والتعديلات التشريعية التى تتم وفقا للطريقة السابقة هى التعديلات الخاصة بالعلائق المالية ، أما فى الجرائم فلا يمكن اضافة جنايات أو جنح أو مخالفات جديدة (عدا مخالفات البوليس) خلاف التى وردت فى لائحة ترتيب المحاكم المختلطة الا اذا وافقت على ذلك الدول كافة . فلا يمكن هنا الالتجاء للمادة ١٢ السابقة .

ولكن الأمر أهون من ذلك بكثير بالنسبة لمخالفات البوليس نظرا لكونها طفيفة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فانها تتطلب شيئا من السرعة حماية لمصالح الجمهور . . فأباحت الدول للحكومة بدكريتو ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ أن تضع اللوائح المعروفة باسم مخالفات البوليس البسيطة contraventions de simple police من تلقاء نفسها وبشرط أن تعرضها مقدما على الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة[٢] وذلك من أجل أن تتحقق هذه الجمعية من أن القوانين واللوائح

(١) فيتم التعديل فيها أو الاضافة اليها بموافقة هذه الدول الواحدة بعد الأخرى . ويكفى توقف واحدة منها لكن لا ينفذ التغيير المقترح .

(٢) ويجب أن يلاحظ أن نفاذ هذه اللوائح قد يؤدى الى تعطيل حرمة المسكن فى حدود تطبيق اللائحة . وقد اعتمدت الحكومة المصرية فى بداية الأمر على المادة ١٠ م . م لاصدار لوائح تسرى على الأجانب ، فأصدرت لائحة خاصة بالعاهرات ، ولكن رفضت محكمة الاستئناف المختلطة تنفيذها فى ١٩ مايو ١٨٨٦ منكرة على الحكومة حقها فى اصدار لوائح =

المقدمة عامة التطبيق ومن أنها لا تشتمل على حكم مخالف لنصوص الامتيازات الأجنبية ، وأن أحكامها لا تشتمل على عقوبات أشد من عقوبات المخالفة . ولما أرادت الحكومة استعمال هذا الحق رغم قيوده فى هذه المسائل التافهة ، عاكستها الدول فى ذلك كل المعاكسة وبخاصة فرنسا ، اذ اعتادت أن ترسل الاحتجاج تلو الاحتجاج . فأزعجت هذه الاحتجاجات خاطر الحكومة المصرية فقبعت ساكنة ولم تستعمل سلطتها الا فى المسائل الضرورية جدا . ولكن عاون على استعمال الحكومة لهذا الحق حصول الاتفاق الودى entente cordiale بين انجلترا وفرنسا فى سنة ١٩٠٤ ، ومن مقتضاه أن تنطلق يد انجلترا فى مصر [1] كما تنطلق يد فرنسا فى مراكش ! !

٥٦٠ — هذا وقد نصت المادة ١١ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة [2] على أنه ليس للمحاكم المختلطة أن توقف تنفيذ أمر ادارى أو تفسره وأن لها الحق فقط فى أن تقضى بالتعويضات عند المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب [3] . وقد

= مقررة لمخالفات البوليس بغير موافقتها اعتمادا على نص المادة ١٢ م . م . قارن Lamba . ٢١٢ وما بعدها حيث ينقد الحجة السالفة مقررا أن اصدار لوائح المخالفات من اختصاص السلطة التنفيذية لا من اختصاص السلطة القضائية . وهذا هو المبدأ المتبع فى سائر أنحاء العالم المتمدين .

(١) ويترتب على انطلاق يد انجلترا فى مصر أن تمكنت الحكومة المصرية الخاضعة وقتئذ لوصاية انجلترا من وضع ما تراه لازما فى اللوائح لصيانة حياة الجمهور فى مصر . قارن Lamba ٢١٦ وما بعدها حيث أشار الى بعض الاحتجاجات بشأن تطبيق جانب من اللوائح .

(٢) وهى تقابل المادة ٧ م . م . راجع فى التطور التاريخى لهذا النص التعريفى رسالة زميلنا الدكتور زهير جرانه . القاهرة ١٩٣٥ . ٩٨ وما بعدها . وكذلك رسالة بركات بك . ١٩٤ وما بعدها .

(٣) وجرت المحاكم المختلطة على أن تعترف لنفسها بالاختصاص حتى فيما يتعلق بأعمال السلطة وأشهر قضية فى هذا الصدد هى قضية صندوق الدين اذ أخذت الحكومة المصرية من الاحتياطى الخاص به مبلغ نصف مليون جنيه بغير موافقة جميع الأعضاء فقضى عليها بالسداد راجع فى تفاصيل هذه القضية الشهيرة رسالة جرانة ١٣١ وما بعدها .

فرقت المحاكم المختلطة عقب تعديل المادة ١١ فى سنة ١٩٠٠ بين أعمال السلطة acte de souveraineté فاعتبرت نفسها غير مختصة بنظرها أصلا [١] ، وبين أعمال الادارة acte d'administration وقضت بشأنها على الوجه السالف . وعلى أية حال فمن المشاهد أن نظام الاصلاح قد أفاد من هذه الوجهة اذ كان من المعتاد فى مثل هذه الأحوال ، الركون الى الطريق السياسى ، ولا يخفى ما فى اتباع هذا الطريق من تعقيدات ومضار اذا راعينا ضعف الحكومات المصرية ازاء الدول الأجنبية وتدخل ممثليها المستمر .

٥٦١ — والواقع أن المحاكم المختلطة قد مرت بأزمات متعددة من وقت نشأتها ، ومع ذلك اجتازتها سالمة بعد أن وسعت فى اختصاصها كما رأينا . ولاشك فى أن الوطنيــة المصرية تأبى وجودها وتنفر من ذلك كل النفور . وقد كان من مظاهر هذه الأزمة فى الوقت الحاضر ، أن قام الخلاف بشأن حق القضاة المصريين فى رئاسة الدوائر Chambre تبعا لأقدميتهم ومســاواة لهم بالقضاة الأجانب . والظاهر أن الحكومة المصرية قد أيدت حق قضاتها فى الرئاسة ، ولكن مع ذلك فان الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، وأغلبيتها من القضاة الأجانب ، رأت أن تقرير ذلك الحق متناف مع نصوص لائحة الترتيب المختلطة ، ففسرت نص المادة الثانية تفسيرا موافقا لهذا المعنى مهتدية بالعرف الذى جرى عليه العمل من وقت انشاء المحاكم المختلطة ! ! وأخذت الحكومة المصرية بوجهة النظر هذه فقررت مفاوضة الدول الأجنبية فى هذا الصدد [٢] ! ! وكذلك قام الخلاف على حق القضاة المصريين فى تحرير الأحكام باللغــة العربيــة اذا كان المتنازعان مصريين ، ولكن لما كان النص هنا صريحا لا يحتمل أى تعمل فى التفسير فان

---

(١) راجع رسالة جرانه ١٩٧ وما بعدها حيث ضرب بعض أمثلة لأعمال السلطة منتزعة من قضاء المحاكم فى مصر .

(٢) وقد نشبت هــذه الأزمة فى سنة ١٩٣٣ ولم تحل حتى اليوم اذ تنتظر الحكومة المصرية الردود بالقبول من مختلف الدول صاحبات الامتياز .

الجمعيــة العمومية قد لزمت جانب الصمت ولم تتخذ قرارا فى الموضوع ، وكان الظاهر أنه لا مناص هنـا من الخضوع لمنطق النصوص والتنازل عن الاعتداء القديم المتجدد على لغة أهل البلاد فتأخذ على الأقل مكانا مساويا لمختلف اللغات الأجنبية فى محاكم مفروض فيها أنها مصرية اسما على الأقل ، ولكن مع ذلك لم يعترف للقضاة المصريين بهـذا الحق . وصدر القرار بالرفض هذه المرة من رئيس محكمة الاستئناف المختلطة مرتكزا على الصعوبات الادارية والكتابية التى تنجم عن تحرير الأحكام باللغة العربية [١] .

٥٦٢ — ويبقى من الامتيازات الامتياز المسمى « بالامتياز المالى » . ومقتضاه أن يعفى الأجانب من الضرائب المباشرة ما عدا الضريبة العقارية والضرائب التى توافق عليهـا دولهم . ولعل هذا الامتياز هو أشد الامتيازات اجحافا بمصر والمصريين كما قرر ذلك منذ زمن طويل اللورد Milner فى كتابه England in Egypt . ولطالما حاولت الحكومة المصرية التخلص منه مستعينة فى ذلك بنصوص الامتيازات نفسها وهى تثبت عدم وجوده على الأقل فى الشكل الذى انتهى اليه ، ولكن ذهبت كل محاولاتها سدى ووقفت فى وجهها الدول صاحبات الامتياز وأيدتها فى موقفها المحاكم المختلطة [٢] .

---

(١) وكان فى رأى القضاة المصريين أن يحرروا أحكامهم باللغة العربية فى المنـازعات التى يكون فيها الطرفان مصريين واختصت فيهـا المحاكم المختلطة تطبيقا لنظرية الصـالح المختلط . والواقع أن مظهر هذه الأزمة ضئيل بجانب المطلب الاسمى الذى يسعى المصريون لتحقيقه وهو توحيد القضـاء والتشريع لـكل القاطنين فى البلاد فتسترد بذلك المحاكم الوطنية اختصاصها المغصوب وتتحرر السلطة التشريعية من ربقة القيود التى تغل يدها منذ زمن طويل .

ومما هو جدير بالذكر هنا للدلالة على تسامح الحـكومة المصرية وتفريطها فى حقوقها أنها أرسلت الى رومانيا وهى دولة غير ممتازة المذكرة الخاصة بحق القضـاة المصريين فى رئاسة الدوائر .

(٢) قارن Lamba . ١٨٧ وما بعدها حيث يورد نص مذكرة فرنسية فى هـذا الصدد كما أشار الى بعض أحكام المحاكم المختلطة التى أيدت هـذا الامتياز . وانظر أيضا القضايا التى أشـار اليهـا المرحوم أبو هيف بك ١٧٦ وكذلك مؤلف Du Rausas . ٢ . ٤٥٧ وما بعدها .

٥٦٣ — وأصل هذا الامتياز موجود فى نصوص الامتياز الأكبر سنة ١٧٤٠ . وقد نص فيها على اعفاء الأجانب من جملة ضرائب كان من شأنها اعاقة التجارة فى هذا الوقت ، ووضع الأجانب فى مركز أدنى بالنسبة للمسلمين و بخاصة لأن السلطات العثمانية كانت قد بدأت تتعسف فى جباية الضرائب وتقريرها على الأجانب ، فلم يكن اذن القصد من تقرير هـذا الاعفاء فى معاهدة سـنة ١٧٤٠ اعفـاء الأجانب كلية من الضرائب وعدم التسوية بينهم و بين الوطنيين ، بل بالعكس قصـد به رفعهم الى منزلة الوطنيين[١] . فكيف يمكن القول بأنهم لا يلتزمون بدفع الضرائب التى تقررها الحكومة على الجميع وطنيين وأجانب على السواء ؟ ولـكن هذا ما تمسك به الأجانب كل التمسك متناسين ما فى ذلك من الاضرار بمصالح البلاد وأهلها ؟ والحط من سيادة الحـكومة وجعلها فى مركز أدنى بكثير من حكومات البلاد المتمدينة ، ولم يتنازل الأجانب عن هذا الامتياز الذى ادعوه لأنفسهم الا فى أحوال معينة وهى : (١) ضريبة الأراضى وفقا لقانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ، (٢) عوائد المبانى وفقا لاتفاق مؤتمر لندره سنة ١٨٨٥[٢] . وقد أثارت قرارات هـذا المؤتمر خلافات كبيرة بين الحـكومة المصرية والدول الأجنبية اذ جاء فيه أن الدول لا تمـانع فى فرض ضرائب مباشرة عادلة على الوطنيين والأجانب على السواء ، ولـكن تملصت الدول من هذا القرار فيما بعد وفسرته على وجه يفيد بأنه لا بد من رضائها وموافقتها دائما لـكى تجبى ضريبة من هذه الضرائب ، (٣) عوائد مجلس بلدى الاسكندرية وفقا لدكريتو سـنة ١٨٩٠ ، ومعلوم أن هذا المجلس مختلط التكوين ، فلا بد اذن من رضا الأجانب المحليين حتى تقرر الضريبة عليهم .

---

(١) راجعوا رسـالة زميلنا الدكتور عبد الحـكيم الرفاعى « حركة اصلاح الضرائب المباشرة فى مصر » باريس ١٩٢٩ . ١٥٥ حيث توجد بيانات هامة فى هذا الصدد . وقارن رسالة Meyer . ١٨٩ وما بعدها .

(٢) راجع فى تفاصيل ما تم فى مؤتمر لندن المشار اليه رسالة Meyer . ٢٠٤ وما بعدها .

وقد وافقت الدول أخيرا فى سنة ١٩٢٩ على تحصيل ضريبة الخفر من الأجانب . ولهذه الضريبة قصة مؤلمة تثبت مقدار تعسف الأجانب وتمسكهم بامتيازهم المالى . وتتلخص فى أن الحكومة جعلت ضريبة الخفر (وهم الحراس الليليون) ملحقة بالضريبة العقارية كى تسرى على الجميع ، ولكن الأجانب امتنعوا عن دفعها ، وأيدتهم فى ذلك المحاكم المختلطة قائلة بأن هذه الضريبة مباشرة وليست ملحقة بالضرائب العقارية . حصل بعد هذا أن أعلنت الحرب وصدر أمر عرفى من القائد العام البريطانى فى مصر ألزم الأجانب بدفع هذه الضريبة ، وبخاصة لأن ايرادها مخصص لدفع مرتبات هؤلاء الخفراء ، فخضع الأجانب لتنفيذ هذا الأمر ولم يجسر واحد منهم على المعارضة . فلما انتهت الحرب وألغيت الأحكام العرفية بعد ذلك ، تحركت فيهم عوامل امتهان السلطة المحلية ، فامتنع كثير منهم عن دفعها واستعانوا بقناصلهم على ذلك . واستمرت الحكومة المصرية تفاوض الحكومات الأجنبية من سنة ١٩٢٣ حتى سنة ١٩٢٩ [١] ، الى أن وافقت عليها الدول لما رأته من صعوبة التملص منها نظرا لعدالتها الظاهرة .

٥٦٤ — فالطريق السياسى كما هو ظاهر طريق محفوف بالمتاعب والمصاعب ، وتلاقى الحكومة نفس هذه الصعوبة فى كل مرة أرادت تقرير ضريبة جديدة مهما كانت تافهة ، كما تحقق ذلك بالنسبة لضريبة الكبريت وضريبة الملاهى .

وأما ضريبة السيارات فكانت محل نقاش مدة لا تقل عن الثلاث سنوات حتى أجازتها الدول . والواقع أن هذه الضرائب وأمثالها مقررة فى كل أنحاء العالم المتمدين دون أى اعتراض وليس هناك أية شبهة فى تقريرها . أما فى مصر فان الدول الأجنبية تراعى فى طريقة تقريرها [٢] مصالح تجارتها وأحوال مصانعها ، أما حالة مصر ومصالحها فهذه مسألة تأتى فى المرتبة الأخيرة ! ! وحصل

---

(١) قارن أبو هيف بك . ١٧٧ .

(٢) هذا اذا وافقت عليها .

فى السنوات الأخيرة أن أرادت الحكومة فرض ضريبة الباتنت patentes ولكن رغم ضآلتها ، ورغم أن الدول كانت قد وافقت على مبدأ فرضها منذ سنة ١٨٩١ ، فان الحكومة لم توفق حتى الآن فى الحصول على رضا الدول بشأنها من جديد ! ! وكذلك الحال بشأن ضريبة « التمغة » .

٥٦٥ — والواقع أن النصوص القانونية لا تمنع الحكومة المصرية من مباشرة حقها فى فرض الضرائب المباشرة [1] ، ولكن الحالة الواقعية تفيد عكس ذلك ، وبخاصة اذا راعينا أن الحكومة قد اعتادت أن تطلب رضا الدول كلما أرادت فرض ضريبة جديدة ، وهكذا تدخل العرف هنا من جديد لكى يضخم من الامتيازات ، وعبثا حاولت أن تصف الحكومة هذا العرف بأنه عمل تسامح من جانبها لا يقصد به تقرير حقوق للدول الأخرى .

على أنه اذا صممت الحكومة على استعمال حقها فى فرض الضرائب فكيف يمكنها تنفيذها ؟ وأين حرمة المسكن ؟ وأين المحاكم المختلطة التى لا تمتنع عن الحكم بالتعويض عن العمل الادارى الذى يقصد به التحصيل الجبرى ؟ وأين الاحتجاجات السياسية ! !

٥٦٦ — ومما يتصل بالامتياز المالى ، النظام الجمركى ، ولقد عقد الباب العالى فى هذه الشأن معاهدات تجارية متعددة مع الدول أصحاب الامتيازات فتحددت بذلك الرسوم التى تجبى على البضائع . وكانت هذه المعاهدات نافذة على مصر حتى سنة ١٨٧٣ ، وحصل وقتئذ الخديوى اسماعيل على حق عقد المعاهدات التجارية [2] . فعقدت مصر بالفعل معاهدات كثيرة أهمها المعاهدة التى عقدت مع انجلترا

---

(١) وقد دافعت الحكومة المصرية بواسطة ممثليها فى المؤتمرات الدولية المختلفة عن هذه النظرية ولكن الدفاع بهذه المناسبات لا يساوى أكثر من بروباجندة محدودة النتيجة وسريعة الضياع فى وادى النسيان . قارن تصريحات فخرى باشا وزير مصر المفوض فى باريس فى المؤتمر الاقتصادى سنة ١٩٢٩ .

(٢) بالنسبة للحالة قبل هذا التاريخ تجدها ملخصة فى رسالة Meyer . ٣١٧ وما بعدها .

فى سنة ١٨٨٩ وأتت على نمطها المعاهدات التالية مع الدول الأخرى . و بمقتضى هذه المعاهدات وضع نظام جـديد يخالف النظام القديم الذى كان مقررا بمقتضى معاهدات الامتيازات . فلما انتهى أجل هذه المعاهدات (١) ، أرادت الحكومة المصرية أن تستعمل سلطتها فى وضع لائحة جمركية جديدة فعارض فى ذلك بعض الدول بحجة ضرورة الرجوع الى نظام الامتيازات (٢) ، ولكن غاب عنهم أن سبق تنظيم المسائل الجمركية بموجب معاهدات (٣) فصل هذه المسائل عن الامتيازات كل الفصل فحلت المعاهدات محل الامتيازات ، وأن تجديد هذه المعاهدات أصبح متروكا لمطلق تقدير الحكومة المصرية أسوة بسائر الحكومات الأخرى (٤) ، و بخاصة لأن النظام الذى قررته تلك المعاهدات لم يكن أساسه تنفيذ سياسة تجارية أو اقتصادية فى البلاد ، كما أن التحصل من الرسوم الجمركية كان ضئيلا مما أثر فى دخل الحكومة تأثيرا سيئا ولا سيما أنها ممنوعة من فرض ضرائب مباشرة فى الداخل . و بعد خلاف طويل بين مصر وسائر الدول — مما يدل على تعنت واضح من جانبها — و بعد تدخل من جانب انجلترا لمصلحتهم استقر الرأى أخيرا على أن للحكومة المصرية وضع اللائحة الجمركية التى تراها مناسبة . وفعلا صدر بها مرسوم بقانون فى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ ، فجاءت على أسس جديدة ، وأجازت اللائحة مضاعفة الرسوم على واردات الدول التى لا تعقد معاهدة

---

(١) وكان ذلك بحلول أجل المعاهدة الايطالية المصرية فى ١٦ فبراير ١٩٣٠ فاستدعى مبدأ المساواة المطلقة الانتظار حتى حلول أجل هـذه المعاهدة رغم حلول آجال المعاهدات مع الدول الأخرى .

(٢) راجع فى تفصيل وجهة النظر هذه رسالة Meyer . ٣٣٦ وما بعدها وعكس ذلك رسالة زميلنا الدكتور الرفاعى . ٣١٣ وما بعدها .

(٣) وأهم معاهدة فى هذا الصدد هى المعاهدة التى تمت بين الباب العالى وفرنسا فى سنة ١٨٣٨ وأصبحت ملحقة بمعاهدات الامتياز لأنها عدلت أحكام الامتيازات تعـديلا رئيسيا . رسالة Meyer . ٣٢٢ .

(٤) راجع فى تفصيل وجهة النظر هذه رسالة Meyer . ٣٤٥ وما بعدها والمراجع التى أشار اليها .

تجارية مع مصر ، ولذلك ســارعت الدول الى عقد معاهدات حتى تتفادى هذا الجزاء . وعلى ذلك يمكن القول اذن أن مصر قد تحررت من ربقة الامتيازات من هذه الناحية رغم اعتراضات الغرف التجارية الأجنبية وتهديداتها المتوالية . وفى الواقع لم يكن من المقصود مطلقا الرجوع الى تطبيق النظام الجمركى السابق الذى قررته معاهدات الامتيازات بعد أن تبينت عدم كفايته وأضراره البالغة .

٥٦٧ — وغنى عن البيان أنه فى سلطة الحكومة المصرية أن تفرض ضرائب غير مباشرة على كل القطان فى مصر دون حاجة الى رضاء الدول الأجنبية .

٥٦٨ — تلك هى مجموعة الامتيازات التى يتمتع بها رعايا الدول التى عقدت معاهدات الامتيازات ، ويلحق بهؤلاء من يسمون بأصحاب الحمايات فيعاملون بنفس المعاملة تقريبا . فمن هم أصحاب الحمايات ؟ . للاجابة عن هذا السؤال نخصص فصلا على حدة .

الفصل الثالث

أصحاب الحمايات (١)

٥٦٩ — الحماية وصف فى الشخص يبيح له أن يعامل فى مصر معاملة رعايا الدول أصحاب الامتيازات ، الا فيما يتعلق بأحواله الشخصية فيظل خاضعا لقانون دولته (٢) . ومن هذا التعريف يظهر أن الحماية تقرب من الجنسية ، اذ يترتب على توافرها تشبيه شخص من جنسية أخرى ، برعايا دولة من الدول أصحاب الامتيازات ولكن هذا لا ينفى أنه يبقى محتفظا بجنسيته الحقيقية ، مما يترتب عليه استمرار خضوعه لسلطان دولته الأصلية ، كما أن تمتعه بحماية دولة أخرى يترتب عليه أيضا خضوعه لسلطان هذه الدولة الحامية . لهذا كان مركز أصحاب الحمايات غريبا يدينون بالخضوع لدولتين على السواء فى وقت واحد ، دولة تربطهم بها رابطة الجنسية ، وأخرى تربطهم بها رابطة الحماية . وقد يتعقد الأمر زيادة اذا ما تحصل الشخص على حماية أكثر من دولة واحدة من الدول أصحاب الامتيازات (٣) . ولا شك أن السر فى وجود هذا المركز المعدوم النظير فى البلاد الأخرى يرجع الى نظام الامتيازات .

---

(١) وفى الاصطلاح الفرنسى Les protégés . راجع فى دراسة حالتهم مؤلف Arminjon « الأجانب وأصحاب الحمايات » ٢٦١ وما بعدها . و Du Rausas . ١٠٢ وما بعدها وكذلك Messina . القانون المدنى المختلط . ٢ . ٢٣٤ وما بعدها . وأبو هيف بك ١٩٧ وما بعدها . و Scott . ٩١ وما بعدها . و Lambs ١١٧ وما بعدها .

(٢) قارن Arminjon ٢٦٢ حيث يشير الى الابهام الذى يحيط بفكرة الحماية والآثار المترتبة عليها ويبرر ذلك بسكوت النصوص عن وضع أى تحديد كان فى هذا الصدد . على أن الحماية وفقا للتعريف الوارد فى الصلب تنصرف الى الحماية الفردية La protection individuell قارن Scott . ٩١ .

(٣) كما يحصل مع الرعايا السويسريين اذ يمكنهم أن يقيدوا أنفسهم فى جملة قنصليات فيتمتعون بجملة حمايات فى وقت واحد .

فاذا قيل ان شخصا ما حمـاية دولة فرنسا ، فمعنى ذلك أنه ليس فرنسيا . ولـكنه مع ذلك لا بد من معاملته من جانب السلطات المصرية معاملة الفرنسيين فيتمتع بما لهم من امتيازات ، اذا ثبتت له صفة الحماية بأنه قدم الدليل على وجودها ، فصفة الحماية داخلة اذن ضمن الحالة السياسية للشخص وتؤثر فى حالته القانونية .

٥٧٠ — ولقد تقرر نظام الحماية بموجب معـاهدات الامتيازات لصالح دولة فرنسا فى سنة ١٥٧٩ ثم أخيرا فى الامتياز الأكبر سنة ١٧٤٠ ، فأبيـح لفرنسا أن تبسط حمايتها على المسيحيين الذين ليس لهم ممثلون سياسيون أمام الباب العالى [١] . فقررت النصوص أنه يتمتع بتلك الحماية كل من يستظل براية ملك فرنسا sous sa bannière . ولقد استفادت فرنسا من هذه الميزة الى أن نازعتها فيها الدول الأوروبية الأخرى [٢] لحصلت على نصوص مماثلة ، وأصبح كل منها قادرا على حماية الأجانب الآخرين الذين لم تتقرر لهم امتيازات فى الدولة العلية . فكان الرعايا السويسريون مثـلا يتمتعون بحماية فرنسا فى أول الأمر ثم تقسموا بعد ذلك بين فرنسا وألمانيا والولايات المتحدة . والى الآن لم تحصل سويسرا على امتيازات خاصة بها بل يكتفى رعاياها بالمركز السابق [٣] . وقدأشيع فى السنوات

---

(١) نظرا للصداقة بين الطرفين ، فالأمم المسيحية أعداء الباب العالى وأصدقاء أمبراطور فرنسا يمكن لأفرادها أن يزوروا بيت المقدس تحت حماية الراية الفرنسية (المـادة ٣٢ من الامتياز الأكبر) .

(٢) راجع Arminjon ٢٧١ — ٢٧٦ الحجج التى اعتمدت عليها الدول الأوروبيـة فى منازعة فرنسا حق الحماية . ويعتبر الأسـتاذ أن هذه الحماية اجبارية بالنسـبة للسويسريين ولـكن الرأى الراجح المتبع عملا أنهـا اختيارية بمعنى أنه اذا ارتـكب سويسرى غير مقيد فى احدى القنصليات جريمة اختص القضاء الوطنى لأنه لا يعتبر ممتازا . انظر نفس المرجع ٢٧٤ حيث يشير الى حكم استئناف من محكمة اكس صادر بنفس المعنى المتقدم .

(٣) انظر فى هـذا الصدد بحثا قيما للمستشار يوسف ذو الفقار بك فى الجازيت ١٢ ٩٠ وما بعدها .

الأخيرة أن مفاوضات تجرى كى تتقرر للسويسريين امتيازات على حدة ، بأن تعقد معهم معاهدة على نمط المعاهدة الألمانية . ولا يمكننا مطلقا أن نعتبر نجاح هذه المفاوضات خطوة فى سبيل الغاء الامتيازات الأجنبية !! اذ سيترتب عليها على الأقل زيادة الدول الممتازة ، فاذا ما أرادت جمهورية سويسرا أن تمثل لدينا سياسيا وجب أن يعامل رعاياها معاملة المصريين ، وهذا ما لا يرضون به(١) !!!

ويتقرر هذا النوع من الحماية عادة باتفاق بين الدول الممتازة والدول الأخرى غير الممتازة .

٥٧١ — ويجب التميز بين الحماية السابقة والحماية السياسية العادية المقررة فى القانون الدولى العام وهى حماية دولة لأخرى protectorat ، اذ يترتب عليها أن الدولة الحامية تحمى مصالح رعاية الدولة المحمية فى البلاد الأجنبية الأخرى . فعند ما كانت مصر تحت حماية بريطانيا . كانت هذه الأخيرة تتكفل بحماية مصالح المصريين فى الدول الأجنبية الأخرى ، أما الآن فيقوم بها الممثلون السياسيون المصريون فى الخارج . فنظام الحماية الفردية المقرر فى مصر للأجانب غير الممتازين فى الأصل يؤدى الى نتائج أوسع بكثير من الحماية التى يطلبها رعايا دولة معينة من ممثليها السياسيين فى الخارج(٢) .

وقد أباحت أيضا نصوص الامتيازات(٣) حماية الهيئات الدينية الأجنبية ، فلفرنسا الحق فى حماية الكنيسة الكاثوليكية فى الشرق فى مواجهة السلطات

---

(١) وقد تمت بين الدولتين معاهدة صداقة صدق عليها أخيرا .

(٢) ومما هو جدير بالذكر هنا أنه فى أثناء حرب البلقان لم تتمكن تركيا ولا مصر من ابعاد بعض رعايا اليونان رغم حالة الحرب لأن الدول الأجنبية الممتازة اقتسمت حماية هؤلاء الرعايا ، فمن الدول ما تخصص بالوجه البحرى ومنها ما تخصص بالوجه القبلى راجع Messina . ٢ . ٥ ٢٤ هامش (١) .

(٣) انظر فى تاريخ هذه الحماية الدينية مؤلف Scott ٥ ٥ وما بعدها . حيث يشير الى الخلاف الموجود بين الكنيستين الشرقية والغربية حول حماية الأماكن المقدسة . وظاهر أن أساس هذه الحماية بالنسبة للباب العالى الأخذ بمبادىء التسامح الاسلامى .

المحلية . فينوب ممثل فرنسا عن الهيئات الدينية الأجنبية بما فيها المدارس والمستشفيات والمعاهد العلمية الأجنبية أمام السلطات المحلية حتى لا يقع عليها أى اعتداء . فأساس هذه الحماية الدينية اذن هو احترام حرية العقائد . وكانت روسيا تحمى الكنيسة الأرثوذكسية ، وما زالت انجلترا تحمى الكنيسة البروتستانية . وهكذا تتمتع كل كنيسة غربية فى مصر بحماية دولة أجنبية[١] . وكثيرا ما وقع الخلاف بين هذه الدول ومما هو جدير بالذكر أن الرؤساء الدينيين لهذه الكنائس يتمتعون بنفوذ أيضا لدى الكنائس الشرقية ، وطالما سعت الدول لبسط حمايتها على الهيئات الدينية المسيحية المصرية ولكنها لم توفق الى ذلك[٢] .

٥٧٢ — والنصوص التى تقرر جواز حمايتها الأجانب غير الممثلين أمام الباب العالى وكذلك الهيئات الدينية متفقة تمام الموافقة مع مبادىء القانون العام الاسلامية[٣] ، وتقضى هذه المبادىء بأن الحربى الذى يمر ببلد بين المسلمين و بينه تعاهدا ، يعامل معاملة أهل هـذا البلد ، لأنه قد أخذ الأمان عن طريق

---

(١) وبموجب الاتفاقات الديبلوماتية التى تمت فى سنة ١٧٨٥ مع فرنسا والنمسا والمجر والمانيا والروسيا أبيح للهيئات الدينية établissements religieux التابعة لها أن تتمتع بنفس الميزات التى يتمتع بها الممثلون السياسيون بنفس الشروط ولذا سرت على هذه الهيئات بموجب اتفاقات خاصة أخرى نصوص دكريتو ١٩٠١ الخاص بمعاملة الممثلين السياسيين والقنصليين فى نبذتيه الأولى والثانية . راجع Du Rausas . ٢ . ٣٨٢ وهذه الحماية مقصورة على الهيئات الدينية الفرنسية دون غيرها . أما الهيئات الأخرى فتظل على النظام القديم وبموجبها لا يقاضون ولا يتقاضون ، ولا يخفى ما فى هذا المركز من اضرار بها فى بعض الأحوال .

(٢) وكانت النمسا تتمتع بحق حماية الكاثوليك فى السودان والفرنسيسكان فى الوجه القبلى وكذلك الكاثوليك الأقباط . وقد زالت هذه الحماية من الوجود الآن . ولا يغيب عن الذهن أن الحماية الدينية ليست حماية أفراد وانما حماية طوائف أو هيئات . قارن Scott . ٦٣ ويترتب على هذه الحماية أن الهيئة الدينية تتمتع ببعض المزايا الجمركية ، كما أن لها أن تنظم مدارسها دون أى تدخل من جانب السلطات المحلية .

(٣) قارن Messina . ٢ . ٢٤٢ وبخاصة هامش (١) .

استظلاله بظل الدولة المتعاهدة . ولكن لا يغيب عن الذهن أن هذا الحربى كتابى ، فليس من المعقول اذن أن يستفيد من الحماية من كان مسلما لأنه ليس بحربى . ولكن مع ذلك رفضت فرنسا الاعتراف بهذا الوضع وأيدتها فى ذلك المحاكم المختلطة وكان ذلك بالنسبة للرعايا التونسيين ، اذ ادعت فرنسا أنهم يتمتعون بحمايتها فيعاملون اذن معاملة الرعايا الفرنسيين ، ومعنى ذلك أن فريقا من المسلمين يمتاز فى بلاد المسلمين ، لأن تخريج بعض النصوص تخريجا لفظيا يؤدى الى ذلك [١] . وقد اضطرت مصر تحت ضغط الظروف أن تعقد اتفاقا مع فرنسا سنة ١٨٨٦ تسلم فيه بوجهة النظر السابقة ولكنها استلزمت شروطا معينة لكى يتمتع هؤلاء التونسيون بهذه المعاملة ، أخصها تحرير قائمة بأسماء الموجودين منهم ، تحفظ نسخة منها فى القنصلية وأخرى فى وزارة الخارجية المصرية ، وهناك معاهدة أخرى بشأن المراكشيين ، ولكن لم يصدق عليها بعد . وقد قررت لجنة الشئون الخارجية بمجلس النواب القديم (مجلس ١٩٣٠) عدم التصديق عليها رغم أنها نفذت فعلا ، وليس من الصعب التكهن بمصير هذا القرار ! !

والخلاصة اذن أن الدول الممتازة قد وجدت فى نظام الحماية وسيلة للاكثار من الأشخاص الخاضعين لسلطانها ولسلطان محاكمها القنصلية ، فحمت حتى

---

(١) على أننا اذا رجعنا الى نص المادة ٣٢ من الامتياز الأكبر والمقررة لنظام الحماية وجدنا أنه يقرر الحماية لأفراد الأمم المسيحية أعداء الباب العالى . . . فلا محل اذن لتقرير هذه الحماية لرعايا الدول الاسلامية المحمية اذ من المعلوم أن الحماية لم تفقد هذه الدولة شخصيتها . وعلاوة على ذلك فان أفرادها متحدون مع رعايا الدولة العلية فى المشارب والثقافه والدين . قارن Arminjon . ٢٧٧ وما بعدها حيث يقرر أن أساس هذه الحماية المادة ٣٤ التى تقرر الامتيازات لكل من كان تابعا لدولة فرنسا tous ceux qui dépendent de la France وظاهر التمحل فى التفسير ومع ذلك فقد اتبع نظرا لضعف الدولة العلية .

المسلمين فى مواجهة المسلمين [1] . ولا شك أن فى ذلك منافاة صريحة لأساس الامتيازات الأجنبية ولمبادىء الشريعة الغراء .

٥٧٣ — ولم تقف الاساءة عند الحدود السابقة بل رأت الدول الممتازة أن تبسط سلطانها حتى على المسلمين والذميين المقيمين فى الديار العثمانية ، ووجدت سبيلا الى ذلك عن طريق طلبها تقرير نظام الامتيازات لمصلحة الوطنيين الذين يشتغلون فى دورها السياسية والقنصلية كقواسين وتراجمة وكتبة وياسقجية [2] . الخ وكذلك لمصلحة الوطنيين الذين تعينهم الدول وكلاء قناصل لها فى الأقاليم . فلما تقرر لها هذا الحق بدأت الدول الأجنبية فى اعطاء الرعايا العثمانيين هذه الألقاب بصفة ألقاب فخرية . وقد وجد النفعيون من العثمانيين فى ذلك مغنما لكى يتهربوا من دفع الضرائب والخدمة العسكرية . وقصارى القول أعمتهم مزايا الامتيازات فتناسوا واجباتهم الوطنية ودخلوا تحت سلطان القنصليات الأجنبية أفواجا يشترون هذه الحمايات أو البراءات وصاروا يعرفون باسم البرآتلية [3] . فلما ازداد عددهم زيادة فاحشة بسبب تنافس الدول صاحبات الامتيازات فيما بينها للاكثار منهم ، تنبه الباب العالى للخطر المحدق به فتخابر مع الدول كى توقف قناصلها عند حدهم ولكنه لم يجد سميعا . فاضطر الى الاستهتار بهذه الحمايات الكاذبة فعذب أصحابها وأوراهم من أنواع العذاب

---

(١) وأساس هذه الحماية انهم يدخلون ضمن التابعين لها ressortissants والأصل فى الحماية انها تكتسب اختيارا ولكن مع ذلك يصح أن تفرض جبرا فى حالتين : الأولى الاتفاق السياسى الثانية حالة الأفراد التابعين للدولة الحامية كما هى الحال بشأن التونسيين — راجع Messina . ٢ . ٢٤٥ وما بعدها حيث يقرر أن الصفة الارادية للحماية تؤدى الى تعدد الحمايات والتنازع .

(٢) وتقرر ذلك فى امتياز ١٥٦٩ . قارن Messina . ٢ . ٢٥٤ وما بعدها فى تاريخ نشوء هذا النوع فى الحمايات وأسبابه . ومن يقر الباب العالى تعيينه فى هذه الوظائف كان يسمى برآتلى اذ يتسلم براءة بذلك .

(٣) قارن Messina . ٢ . ٢٥٩ وما بعدها حيث يشير الى اساءة استعمال هذا الحق من جانب السفراء الأجانب .

والتنكيل ألوانا ، فكانوا يقتلون خفية و يبعدون خارج الديار عنوة وتصفى أموالهم ، وأخيرا وجدت الدول أنه لا مفر من تنظيم الأمور على أساس جديد فصدر قانون القنصليات فى (صفر ١٢٨٠) سنة ١٨٦٣ بعد موافقة الدول (١) .

٥٧٤ — ولقد فرق هذا القانون بين أصحاب الحمايات العاديين ordinaires ويراد بهم الوطنيون الذين تحصلوا على حمايتهم قبل صدور هذا القانون . فبحثت حالتهم وحررت كشوف نهائية بأسمائهم فلا تمكن الاضافة عليها فيما بعد ، والحماية بالنسبة لهم دائمة بمعنى انها و راثية لأولادهم من بعدهم . أما أصحاب الحمايات المؤقتة provisoire فيراد بهم موظفو القنصليات والهيئات السياسية الذين عينوا بعد نفاذ القانون (٢) فانهم لا يتمتعون بحمايتهم الا بعد تصريح من السلطات المحلية ، كما أن حمايتهم مؤقتة تنتهى بوفاتهم أو بخروجهم من وظائفهم ، وكذلك فانها مقصورة

---

(١) ولم يتعرض هذا القانون لتنظيم حالة القناصل أنفسهم اذ نظمت هذه الحالة من وجهة الاختصاص القضائى بموجب دكريتو أول مارس سنة ١٩٠١ وهاك نصه :

« لجميع الموظفين السياسيين أو القنصليين المبعوثين من الخارج Missi وعائلاتهم الحق فى رفع الدعاوى على الغير أمام المحاكم المختلطة بدون أن يكون للغير حق مقاضاتهم أمام هذه المحاكم ، ولا تقبل الدعوى الفرعية عليهم الا لحد قيمة الدعوى الأصلية . فاذا كانوا مشتغلين بالتجارة أو الصناعة أو كانوا يملكون أو يستثمرون عقارات فى مصر فيكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة فى كل ما يتعلق بالمسائل التجارية أو الصناعية وبالدعاوى العينية العقارية ، التى لا مساس لها بصفتهم الرسمية — وجميع الموظفين الآخرين غير المذكورين فى الفقرة الأولى وكذلك القواسون يكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة فى كل القضايا التى لا تتعلق بوظائفهم الرسمية » .

ومع ذلك فان دولة البرتغال قد وضعت بعض تحفظات الغرض منها اعتبار قنصلها الجنرال دائما بصفته تابعا لطائفة المبعوثين .

قارن Du Rausas . ١ . ٤٨٢ وما بعدها . ومجموعة بسطوروس . ١ . ١٨٥ وما بعدها .

(٢) وقلنا ان هذا الشخص يظل متمتعا بجنسيته الأصلية وتظهر أهمية ذلك فى حالة اسقاط الحماية أو سحبها لسبب من الأسباب ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فان حقوقه وواجباته قبل دولته الأصلية تظل كما هى ولا تتأثر باكتسابه الحماية أو فقدها .

على أشخاصهم بخلاف الحماية الدائمة فانها تشمل الشخص وعائلته [١] .

وقد تحسنت الأحوال تحسنا ظاهرا بعد العمل بأحكام هذا القانون ، اذ استردت السلطات الوطنية سيادتها من جديد . وغنى عن البيان أن نظام الحمايات قد زال من تركيا زوالا نهائيا بالغاء الامتيازات فيها ، ولطالما تمنى الكتاب الأجانب أنفسهم زوال هذا النظام قبل ذلك لما فى وجوده من مضار كثيرة ، ولكن كان من اللازم انتظار النهضة القومية فى تركيا لكى يختفى أمام القوة الجديدة .

٥٧٥ — والآثار التى تترتب على تمتع شخص أجنبيا [٢] كان أو وطنيا بحماية دولة أجنبية تتلخص فى أن يعامل هو وأفراد عائلته القصر معاملة رعايا الدولة الحامية فتختص المحاكم المختلطة والقنصلية على حسب الأحوال بنظر منازعاته ، أما فيما يتعلق بأحواله الشخصية فتظل الهيئات الوطنية مختصة بالنسبة للمصريين أصحاب الحمايات ، أما بالنسبة للأجانب فتختص المحاكم القنصلية ولكنها تطبق تشريع جنسية ذلك الأجنبى [٣] . ولقد حاول بعض المحاكم القنصلية أن يدعى اختصاصه بنظر مواريث أصحاب الحمايات المصريين بدعوى أن المواريث خارجة عن

---

(١) وقد تحدد عدد هؤلاء بمقتضى القانون قارن Messina . ٢ . ٢٧٥ وما بعدها ويدخل ضمن هؤلاء أعيان الوطنيين الذين يعينون وكلاء قناصل vice-consuls et agents consulaires فى الريف اذا دعت لذلك المصالح التجارية لدولة معينة بعد الاتفاق مع السلطات المصرية . ويخضع هؤلاء الأشخاص للمحاكم المختلطة فى علائقهم المدنية والجنائية أسوة بسائر الموظفين المشار اليهم فى الصلب أى انهم لا يعاملون معاملة القناصل والممثلين السياسيين من حيث الاختصاص وتطبيق دكريتو أول مارس سنة ١٩٠١ . ونوجه النظر بهذه المناسبة الى أن للهيئات الدينية الأجنبية فى مصر الحق فى تعيين مترجم dragoman ووكيل procureur ويعامل هؤلاء معاملة الموظفين نظرائهم فى القنصليات الأجنبية الممتازة من حيث تمتعهم بالحماية المؤقتة . هذا وقد وضعت هذه الهيئات الدينية تحت حماية بعض الدول الأجنبية بموجب اتفاقات خاصة .

(٢) ولا أهمية لهذا التقسيم الثنائى من حيث الآثار المترتبة على الحماية وما تجلبه من مزايا عدم الخضوع للسلطات المصرية .

(٣) واعتادت القنصلية الفرنسية أن تترك للمحاكم الشرعية الاختصاص فى الأحوال الشخصية الخاصة برعاياها المسلمين ما عدا المواريث .

الأحوال الشخصية وفاته أنها محكومة فى مصر بالقانون الدينى ، وأن التكييف يرجع فيه الى النظام الغالب ، فالاختصاص هنا لجهات الأحوال الشخصية المصرية وهذا ما أقرته المحاكم المختلطة باطراد فردت بذلك اعتداء المحاكم القنصلية [١] . على أن أصحاب الحمايات من المصريين يعفون من الخدمة العسكرية ، وقد كانوا محرومين من حق الانتخاب فى مصر وفقا للأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٠ ولكن سكت قانون الانتخاب الأخير عن ايراد هذا الحرمان [٢] ومع ذلك جرى العمل على ذلك . وغنى عن الذكر أن أصحاب الحمايات على العموم يتمتعون أيضا بالامتياز المالى و بكل الحقوق المتعلقة بالاقامة . وطالما سخر هؤلاء الأشخاص لشل سلطة الحكومة المحلية ، وعدم تنفيذ الأحكام التى تصدر من السلطات القضائية الوطنية . و يضاف الى كل ما تقدم أنه كثيرا ما يترتب على صفتهم هذه الأضرار بالكثيرين الذين يتعاملون معهم على اعتقاد انهم خاضعون للقضاء المحلى . فاذا قاضوهم أمام المحاكم الأهلية فانهم يسكتون غالبا طوال نظر الدعوى لكى يستشكلوا فى نهاية الأمر ، وتقول المحاكم المختلطة أن الاختصاص هنا متعلق بالنظام العام ! ! ويضيق المقام عن ذكر المساوىء التى تنجم فى العمل عن اتباع هذا النظام .

٥٧٦ — وتثبت الحماية بشهادة يقدمها الشخص من القنصلية التابع لها ، واذا تعارضت مع شهادة صادرة من السلطات المحلية عمل بهذه الأخيرة لأن السيادة الاقليمية يجب أن تسود فى بلادها . واذا تعارضت مع شهادة صادرة من قنصلية أخرى فللمحكمة الترجيح من ظروف الأحوال ، لأن الحماية أساسها التعاقد فاذا كانت ارادة الشخص متجهة أكثر الى دولة دون أخرى فتتبع ارادته ! ! ويشيرون بالأخذ بالقيد الأول اذا كان قد تم صحيحا .

٥٧٧ — وتنتهى الحماية ، فوق الأسباب السالفة ، بأسباب أخرى أخصها

---

(١) قارن Messina . ٢ . ٢٤١ والأحكام الكثيرة التى أشار اليها فى هامش (١) .

(٢) ومع ذلك فان لجنة قيد المنتخبين بمديرية البحيرة رفضت قيد أصحاب الحمايات .

تنازل الشخص نفسه عنها باعلانه القنصلية بذلك ، و بزواج المرأة من مصرى مثلا . ويقولون انه اذا انتهت عقدة الزوجية فلها استرداد حمايتها من جديد [١] . كما تنتهى الحماية أيضا باسقاط الدولة الأجنبية اليها . ويكون ذلك عادة عن طريق الجزاء . وليس للمحاكم المختلطة أية رقابة على عملية الاسقاط والشطب السالفة . ولا شك أن زوال الدولة الحامية ينهى الحماية التى يتمتع بها الشخص .

---

(١) وظاهر هنا مقدار الشبهة بين الحماية وبين الجنسية مما دعا الى القول بأن الحماية جنسية مؤقتة .

الفصل الرابع

فى

حالة الأجانب غير المتازين فى مصر

٥٧٨ — فرغنا فيما تقدم من بيان حالة الأجانب المتازين ومن يلحق بهم من أصحاب الحمايات أجانب كانوا أو وطنيين ، ونعرض الآن لدراسة حالة طائفة أخرى من الأجانب ، وهم غير المتمتعين بنظام الامتيازات . واذا حاولنا حصر هذه الطائفة عن طريق الرجوع الى تاريخ الامتيازات وجدنا أن هؤلاء الأجانب هم التابعون لدول لم تكن ممثلة أمام الباب العالى أو لدول لم تتعاقد معه على تقرير امتيازات لرعاياها . والواقع أن عدد هؤلاء الأجانب كان ضئيلا ، وآية ذلك أن دولهم لم تفكر فى السعى وراء تقرير معاملتهم معاملة ممتازة أسوة برعايا الدول الأخرى . ولقد رأينا أن الباب العالى لم يتردد كثيرا فى تقرير الامتيازات لمختلف الدول حتى بعد أن بدا له خطرها على وجوده وكيانه ، فقررها مرة دلالة على سطوته وقوته ، وأخرى دلالة على ضعفه ووهنه .

على أن طائفة الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ليست مقصورة على السابقين دون غيرهم بل تلحق بهم جماعة العاطلين عن الجنسية ، ومن المعلوم أن عدد هؤلاء قد تزايد فى العصور الأخيرة وأن نصيب مصر منهم ليس بالقليل .

٥٧٩ — والغريب أن هؤلاء الأجانب غير المتازين لا يوجدون جميعا فى نفس المركز من حيث المعاملة فى مصر بل تختلف حالهم باختلاف انتسابهم الى جنسية معينة أو عدم انتسابهم الى جنسية أصلا . فاذا انتسبوا الى جنسية معينة فهذه الجنسية اما أن تكون جنسية احدى البلاد المنفصلة عن الامبراطورية العثمانية أو الجنسية التركية الحديثة ، واما أن تكون جنسية أجنبية أخرى . والمركز القانونى لهؤلاء وهؤلاء مختلف من حيث الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى سواء فى العلائق الشخصية أو العلائق المالية . أما اذا لم ينتسبوا الى

جنسية أصلا فسنرى أن المركز القانونى لهؤلاء الأشخاص غير واضح أصلا فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية .

٥٨٠ — على أنه قبل بيان المركز القانونى للأجانب غير الممتازين من وجهة القانون الخاص نسارع الى القول بأن مركز هؤلاء من حيث القانون العام تحدده النصوص المصرية . ولم يصدر حتى الآن تشريع خاص بشأن هؤلاء الأشخاص ، وكل ما يمكن أن يكون موجودا فى هذا الصدد هو نصوص المعاهدة المصرية الايرانية [1] والاتفاق المبرم بين الحكومة المصرية والحكومة الفرنسية بشأن اعتبار أهالى سوريا ولبنان متمتعين فى مصر بالحماية السياسية وحدها [2] . والمعاهدة الأولى أكثر ايضاحا فى تنظيم حقوق الايرانيين فى مصر من وجهة القانون العام . فأباحت المادة الرابعة لهم الحرية التامة فى دخول مصر والاقامة فيها أى أن لهم حرية الذهاب والاياب والاقامة والتوطن مع مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها فى البلاد ، كما أن لهم أن يتمتعوا أسوة بالمصريين بالحماية المستمرة التامة وبالأمن بالنسبة لأشخاصهم وأملاكهم وحقوقهم ومصالحهم طبقا لقواعد القانون الدولى العام . ولا تنفى الأحكام السابقة حق الحكومة المصرية فى الابعاد وفقا لأحكام القانون الدولى العام .

وبمقتضى المادة الخامسة أبيح للايرانيين أن يباشروا فى مصر كافة أنواع الصناعة والتجارة وكل حرفة أو مهنة مهما كانت الا ما خصص منها بقوانين البلاد للوطنيين دون الأجانب أو ما كان منها موضوعه احتكار الدولة ، أو احتكار تمنحه الدولة . وللايرانيين أيضا حق امتلاك وحيازة المنقولات والعقارات والتصرف فيها مع مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها فى البلاد التى يقيمون فيها وتكون حالهم فى ذلك كافة كحال رعايا أكثر الدول امتيازا لديها !! ولا يجوز

---

(١) انظر ملحق هذا الكتاب .

(٢) انظر « أصبجى وكولومبانى » ١١٥ وما بعدها .

أسوة بالوطنيين نزع أملاكهم ولا حرمانهم من الانتفاع بها ولو مؤقتا الا لسبب يعتبر قانونا من المنافع العامة وفى مقابل تعويض .

٥٨١ — وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أنه بالنسبة لرعايا الدول غير المتازة يحق للحكومة المصرية فى خارج نطاق المعاهدات السالفة أن تنظم حالهم على الوضع الذى تراه مناسبا . والواقع الآن أنه لا يوجد تشريع خاص منظم لهذه المعاملة ، بل المتبع هو الرجوع الى مبادىء القانون العام المصرى . فللأجانب غير المتازين حق الاقامة والتنقل داخل مصر سواء كان ذلك بطريق البر أو البحر ، ولكن للحكومة حق ابعادهم اذا كانوا غير مرغوب فيهم ، فحقها هنا لا يعرف قيدا سوى ما تقرر بنص خاص فى المعاهدات السابق الاشارة اليها . كما أنه يمكن للسلطات المصرية أن تقبض على الأجانب غير المتازين لارتكابهم جرائم سواء أكانوا متلبسين بها أم لا دون حاجة لاخطار القنصل التابع له المتهم . ويتمتع هؤلاء الأجانب بحرمة المسكن فى الحدود المرسومة فى التشريع المصرى ، فلا محل هنا للاستناد على بروتوكول Bourrée . وغنى عن الذكر أن حريتهم الدينية مضمونة أسوة بكل القطان فى البلاد ، ولكن لا تتمتع هيئاتهم الدينية ، ان وجدت ، بالحماية المقررة للهيئات الدينية الأخرى بل تعتبر شخصا معنويا عاديا . أما حرية التجارة واحتراف المهن فهى ضمن حقوقهم ، ولكن هذا لا يمنع الحكومة ، ان رأت لزوما لذلك ، أن تحرم على البعض منهم احتراف مهن معينة . ولم يصدر تشريع بهذا الشأن بعد .

والحقيقة أن المركز القانونى لهذه الطائفة من الأجانب مختلف بعض الشىء عن مركز الأجانب المتازين ، ومع ذلك فان المركز الواقعى متقارب متماثل . ويظهر أن علة ذلك ترجع الى أن الحكومة المصرية لا ترى مناسبا أن تصدر تشريعا من شأنه أن يسرى على الأجانب غير المتازين دون المتازين لما يحتمل أن يستتبعه هذا المسلك من التدخل السياسى من جانب دولهم ، اذ ستجد رعاياها فى مركز أقل من سائر الأجانب المتازين .

٥٨٢ — ويحسن بنا أن نشير الى المعاملة الخاصة التى يتمتع بها رعايا بعض الدول غير المتازة فى مصر . وأقصد بذلك الاشارة الى رعايا دولة سويسرا . وقد رأينا أنهم يتمتعون بحماية بعض الدول الممتازة اذا ما قيدوا أسماءهم فى احدى قنصلياتها . ولقد أرادت سويسرا فى العهد الأخير أن تنشىء لها تمثيلا سياسيا فى مصر . ويترتب على هذا الانشاء أن تتولى سفارة سويسرا حماية رعاياها . ومعلوم أن سويسرا ليست من الدول صاحبات الامتياز فتسقط اذن الحماية التى يتمتع بها رعاياها ويصبحون غير ممتازين . ولكن يظهر أن هذه النتيجة المنطقية لم ترض الجمهورية السويسرية ففاوضت الحكومة المصرية بشأن عقد معاهدة اقامة على نمط المعاهدتين المصرية الألمانية والمصرية النمسوية ، أى أن يقرر لسويسرا الحق فى القضاء القنصلى . ولم توفق الحكومتان لعقد هذه المعاهدة الخاصة بالاقامة بل انتهتا الى عقد معاهدة ود وصداقة ، ولم يتم الى الآن تمثيل سويسرا سياسيا فى مصر .

وأما الرعايا الألمان والنمسويون فنظمت حالتهم بالمعاهدتين السالفتين بعد زوال امتيازات هاتين الدولتين بمعاهدة فرساى وسان جرمان . ويستفاد من الأحكام الجديدة أن المانيا والنمسا ليستا من الدول صاحبات الامتياز ، الا أن الأصل أن يعامل رعايا كل منهما معاملة رعايا الدول الممتازة عدا ما نص عليه فى صلب الاتفاق . وأغلب هذه النصوص خاص باعادة القضاء القنصلى . ولكن الغريب أنه لم ينص فى المعاهدة على وجوب خضوع الألمان والنمسويين للمحاكم الأهلية فى معاملاتهم المدنية حتى ترتفع حجة المحاكم المختلطة بموجب نص وارد فى الاتفاق الدولى . ومعنى السكوت عن ايراد هذا النص التشريعى ابقاء الخلاف القضائى بين المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية قائما . وقد كان من الطبيعى أن يفصل فيه على وجه يرضى مصر بعد أن وافقت على اعادة الاختصاص القنصلى ، سيرته الأولى .

كما أنه لا يغيب عن الذهن هنا أن نوجه الأنظار الى حالة الرعايا الرومانيين . من المعلوم أن دولة رومانيا كانت جزءا من الامبراطورية العثمانية القديمة ثم

انفصلت عنها بمقتضى معاهدة برلين فى سنة ١٨٧٨ . وقد نص فى هذه المعاهدة على أن حالة رعايا دولة رومانيا ستنظم بمعاهدة خاصة فيما بعد على نمط معاهدات الدول الأوروبية الأخرى . ولكن لم تخرج هذه المعاهدة الى حيز الوجود حتى الآن ، بل زالت الامتيازات فى تركيا الحديثة كما أوضحناه . ولكن مع ذلك فان العرف جرى فى مصر على الاعتراف بالاختصاص للمحكمة القنصلية الرومانية دون أن يتقرر ذلك بمعاهدة خاصة . أى أن انشاء التمثيل القنصلى والسياسى فى مصر لدولة رومانيا أدى الى الاعتراف بالاختصاص القضائى للمحكمة القنصلية الرومانية . ولم تعترف الحكومة المصرية بذلك الوضع رسميا وانما أقرته وزارة الخارجية المصرية . واعتادت الحكومة المصرية معاملة دولة رومانيا معاملة الدول المتازة من بعض الوجوه ، فوجهت اليها مذكرتها الخاصة بأزمة المحكمة المختلطة الأخيرة ، كما أنها عاملت الموظفين من الرعايا الرومانيين فى الحكومة المصرية بقانون التعويضات الأخير الصادر فى سنة ١٩٢٣ . والخلاصة أن الرومانيين فى مركز يكاد يساوى مركز رعايا الدول صاحبات الامتياز وان تكن دولة رومانيا ليست ضمنها قانونا (١) .

٥٨٣ — ومن عدا رعايا الدول السابقة لا يتمتع بأى امتياز ما فى مواجهة السلطات المصرية فتملك الأخيرة تحديد الحقوق العامة التى يباح لهم التمتع بها بموافقة قواعد القانون الدولى العام . وقلنا ان الحكومة المصرية لم تفكر فى وضع معاملة استثنائية لهؤلاء الأجانب محافظة على علاقة الود والمجاملة مع دولهم ومنعا لعدم التسوية بينهم و بين الأجانب المتازين . وكل ذلك فى انتظار الغاء الامتيازات الأجنبية برمتها يوما ما وعندئذ تسترد السلطات المصرية سيادتها بالنسبة للجميع دون تفريق أو تمييز .

---

(١) ولذا لا يوجد بين قضاة المحاكم المختلطة قضاة رومانيون وان كانت الحكومة المصرية قد سمحت لدولتى ألمانيا والنمسا بترشيح قاض فى المحاكم المذكورة وذلك لأن الدولتين الأخيرتين كانتا من أصحاب الامتياز فيما مضى .

٥٨٤ — واذا انتقلنا الى نطاق الحقوق الخاصة وجدنا أن الأجانب غير المتازين فى مركز قريب الشبه أيضا من الأجانب المتازين . و بيان ذلك أن المشرع المصرى لم يضع قيودا خاصة على تمتع الأجانب غير الممتازين بالحقوق الخاصة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان المحاكم المختلطة ادعت باطراد اختصاصها بنظر علائقهم القانونية المالية مع المصريين ومع الأجانب المخالفين لهم فى الجنسية ونازعتها فى هذا الادعاء المحاكم الأهلية ولكن لم توفق فى ذلك اذ أن الأحكام المختلطة هى التى تحترم فى النهاية . وأما العلائق المدنية الخاصة بالمنقول وعلائق الأحوال الشخصية فلا تعرف الجهة التى يرفع النزاع اليها ، اذ يصعب على المحاكم المختلطة أن تدعى بالاختصاص هنا لمخالفة ذلك لنصوص لائحة الترتيب المختلطة . كل هذا لا ينفى حق المحاكم المختلطة فى الفصل فى العلائق السالفة اذا عرضت عليها بصفة فرعية أى بمناسبة نزاع أصلى يقع فى اختصاصها وفقا لمسلكها الذى أشرنا اليه ، و يحق للمحاكم الأهلية الفصل فى المنازعات المالية السابقة [1] ، وأما المحاكم الشرعية فلا تختص الا اذا تراضى الأخصام على رفع النزاع أمامها وهذا نادر عملا . فالخلاصة اذن أن الأجانب غير المتازين يتمتعون بالامتياز القضائى فى الحدود السالفة ، ولقد استتبع ذلك تمتعهم بالامتياز التشريعى ، نظرا للتلازم المعروف بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . فلا يسرى التشريع المصرى المدنى على الأجانب غير المتازين الا بعد اتباع الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٢ م . م .

هذا من وجهة الاختصاص المدنى والتجارى ، أما من وجهة الاختصاص الجنائى فيظهر أن الراجح هو اختصاص المحاكم الأهلية بنظر الجرائم التى تقع منهم اذ لا يعقل تركهم بغير عقاب . فليس هناك من محكمة قنصلية يمكنها أن تصدر حكما عليهم ، كما أنه لا يمكن ارسالهم لبلادهم لمحاكمتهم هنالك على جرائم ارتكبوها فى الخارج لما هو معلوم من أن قوانين العقوبات لا تتجاوز الاقليم فلا تمتد الى الجرائم

---

(١) مع ملاحظة منازعة المحاكم المختلطة لها فى الاختصاص .

التى ترتكب فى الخارج . نعم ان هذا الوضع مخالف لما هو متبع بالنسبة لرعايا الدول الممتازة ولكن لا يخفى أن المعاملة الأخيرة استثنائية وقد تقررت بمعاهدات خاصة فلا يصح التوسع فيها ، ولذا لا يمكن للدول غير الممتازة أن تعطى نفسها ميزات بعمل من جانبها وهو اصدار تشريع خاص لمحاكمة رعاياها على الجرائم التى يرتكبونها فى مصر . على أن المحاكم المختلطة نازعت المحاكم الأهلية الاختصاص بالنسبة لمخالفات البوليس فقررت اختصاصها بنظرها مفسرة كلمة « أجنبى » بأنها تشمل كل رعايا الدول الأجنبية ممتازة أو غير ممتازة . فاذا سلمنا لها بهذا الاختصاص أصبح اختصاص المحاكم الأهلية مقصورا على الجنح والجنايات .

٥٨٥ — ولنا علاوة على ما تقدم ملاحظتان هامتان : أما الملاحظة الأولى، فموضوعها أن اختصاص المحاكم المختلطة بنظر قضايا الأجانب غير الممتازين لايشمل الأجانب التابعين للدول المنفصلة عن الأمبراطورية العثمانية بعد الحرب العظمى ولا رعايا الجمهورية التركية الحديثة . ويظهر أن المحاكم المختلطة رأت هنا الصعوبة الظاهرة فى أن تقرر استفادة هؤلاء الأشخاص من نظام الامتيازات الذى كان ساريا فى الأصل ضدهم وبخاصة اذا لاحظنا أن نظام الامتيازات قد اختفى فى هذه البلاد نظرا لتغير حالتها السياسية(١) .وجدير بالذكر أن الأجانب التابعين للدول التى انفصلت عن الامبراطورية العثمانية قبل الحرب يمتد اليهم الاختصاص المختلط كالألبانيين مثلا اذ انفصلت البانيا عن الامبراطورية العثمانية فى سنة ١٩١٣ . وغنى عن البيان أيضا أن هذا الاختصاص لا يمتد الى رعايا دولة ايران بعد عقد الاتفاق السابق الاشارة اليه بين مصر وايران . وأما الملاحظة الثانية ، فموضوعها أن تركات الأجانب غير الممتازين الذين يتوفون فى مصر بغير ورثة ظاهرين أو عن ورثة قصر تسلم فى العادة لقناصلهم اذا كان هؤلاء الأجانب من الأوروبيين وتوضع تحت مراقبة المجلس الحسبى اذا كانوا من الشرقيين .

---

(١) راجع الاتفاق الخاص بمعاملة الرعايا السوريين واللبنانيين فى مصر وقد نص فيه صراحة على أن هؤلاء الرعايا لا يتمتعون بأى امتياز قضائى فى مصر فقضى بذلك على كل شبهة فى الموضوع .

وهذا التفريق فى المعاملة لا يستند الى نصوص قانونية ظاهرة بل يجرى على عكس الأحكام التشريعية . وفى اعتقادنا أنه يرتكز على عقيدة ثابتة وخاطئة ، مؤداها أنه اذا كان للأجنبى الأوروبى قنصلية فى مصر تولت كل شئونه الخاصة ومنها الميراث. وقد وصل الى علمنا أن وزارة الخارجية المصرية ارتأت مرارا أن تنبه جهات الادارة الى الاقلاع [١] عن هـذا المسلك الذى يثير احتجاج قنصليات الدول الشرقية الصديقة نظرا للتمييز فى المعاملة دون مبرر مشروع .

٨٨٦ — ولا محل لتمتع الأجانب غير الممتازين بالامتياز المالى ولكن مع ذلك لم تفرض الحكومة عليهم ضرائب خاصة للأسباب التى بيناها من قبل .

٥٨٧ — ويدخل ضمن الأجانب غير الممتازين الأشخاص العاطلون عن الجنسية فكيف يتحدد مركزهم ! رأينا أن حالة اللاجنسية قد تنشأ عن أسباب متعددة [٢] وأنه رغم تحرز المشرع المصرى ضد هذه الحالة غير المرغوب فيها فانه لا مناص من وجودها . وقد كثر عدد الأشخاص الذين لاجنسية لهم فى مصر بعد الحرب العظمى بعد أن نزح اليها اللاجئون الروس والأرمن الذين أسقطت عنهم الجنسية الروسية والتركية على الترتيب السالف . كما أن رعايا الروس الموجودين فى مصر أثناء الحرب والذين ظلوا مقيمين فيها حتى الآن أسقطت عنه الجنسية الروسية فلا هم روس ولا هم سوفيت ، وحتى اذا اعتنقوا الجنسية الأخيرة فانه لا مناص من ابعادهم من مصر لأن الحكومة السوفيتية غير معترف بها حتى الآن من جانب الحكومة المصرية . فحالة اللاجنسية معترف بها فى أغلب الدول وان كان بعض الفقهاء قد طعن فى صحة وجودها القانونى [٣] ، ولكن المقرر فقها

---

(١) وهذه الصعوبة تعتبر محلولة بالمرسوم بقانون رقم ٤٠ . ١٩٣٦ السابق الاشارة اليه ولكن مصير هذا القانون موضع شك كبير . اذ من الواجب عرضه على البرلمان فى دورته الحالية من جديد .

(٢) قارن قبله ٥٨٧ وبحث الأستاذ Marc Vichniac المعنون "Le Statut International des Apatrides" مجلة أكاديمية لاهاى . ٤٦ . ١١٩ — ٢٤٣ وبخاصة ١٣٦ وما بعدها .

(٣) بحث Vichniac ١٢٦ .

وقضاء أن حالة اللاجنسية حالة قانونية وأنه لا بد من تنظيمها صيانة لحقوق هؤلاء الأفراد البائسين ، اذ لا يعرف بالضبط مدى حقوقهم العامة ، وان عرف مدى هذه الحقوق فما هى الهيئة التى تتولى حمايتهم سياسيا ؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى فانه يصعب معرفة مقدار تمتعهم بالحقوق الخاصة ، اذ كيف تثبت شخصيتهم ، وكيف تتحدد أهليتهم فى عقد الزواج وغيره من سائر العقود والتصرفات المالية والشخصية ولذا كان من الضرورى وضع حل لهذه الصعوبات .

٥٨٨ — وبدهى أن لهذه الصعوبات نظائرها فى سائر البلاد الأخرى ولذا فكر بعض الدول فى حلها بطريقة دولية ، فتدخلت عصبة الأمم فى شأنهم وأرادت تنظيم حالهم ، فعقدت الجلسات والمؤتمرات فى هذا الصدد وانتهى كل ذلك بوضع مشروعات لم تر التنفيذ بعد [(١)] . ومع ذلك فقد اتخذت بعض الاجراءات بقصد اعطاء هؤلاء الأفراد تذاكر اثبات شخصية تبيح لهم التنقل من بلد الى آخر [(٢)] . فلما فشل هذا التنظيم الدولى ، فكرت الدول التى كان لها نصيب أوفى من هؤلاء اللاجئين والمهاجرين فى تنظيم حالهم فلم تفلح وترك الأمر للفقه والقضاء . فارتأى بعض المحاكم فى أول الأمر بالنسبة للروس القدماء تطبيق قانونهم الروسى القديم [(٣)] ، وكان ذلك فى البلاد التى لم تعترف بالحكومة السوفيتية . وهذا الحل كما هو ظاهر جزئى ومقصور على طائفة معينة من الأشخاص العاطلين عن الجنسية فماذا يكون الحكم بالنسبة للآخرين ؟ ورأى بعض المحاكم فى دول أخرى أن تطبق فى المسائل الخاصة بالروس وغيرهم المبادىء العامة فى القانون [(٤)] ! ! وهذا الحل رغم ابهامه له ميزة التعميم اذ أنه شامل لكل الأشخاص الذين لا جنسية لهم . وأما أغلبية المحاكم فارتأت تطبيق قانون الموطن فان لم يوجد طبق قانون محل

---

(١) انظر بحث Vichniac . ٢٣٩ — ٢٤٣ .

(٢) انظر بحث Vichniac . ١٩٠ .

(٣) انظر بحث Vichniac . ١٧٨ .

(٤) انظر بحث Vichniac . ١٨١ .

الاقامة [١] . وعندى أن هذا الحل هوأسلمهاو بخاصةاذا لاحظنا أن الحركةالعالمية الآن تتجه نحو تطبيق قانون الموطن فى مسائل الأحوال الشخصية لجميع الأشخاص بغض النظر عن جنسياتهم .

٥٨٩ — أما فى مصر فان الحقوق العامة للأشخاص عديمى الجنسيةهى بعينها المقررة لسائر الأجانب غير الممتازين ، ولم يضع المشرع قيودا فى هذا الصدد فالواجب اذن اتباع المبادىء العامة فى القانون العام المصرى مع ملاحظة عدم وجود هيئة سياسية تتولى حمايتهم ازاء السلطات العامة المصرية . أما من وجهة الحقوق الخاصة فلهم سائر الحقوق المعتادة المقررةفى التشريعات الأوروبية . وقد تفضلت المحاكم المختلطة بمنحهم الامتياز القضائى و بالتالى الامتيازالتشريعى باعتبار أنهم أجانب غير متمتعين بالجنسية المصرية [٢] ، فطبقت بالنسبة للروسيين قانونهم القديم فى أحوالهم الشخصية . وقد شرحنا هذه المسألة من قبل بما فيه الكفاية[٣] . وغنى عن البيان أنه لا محل لتمتع هؤلاء الأشخاص بالامتياز المالى . وهذا هو الوضع القانونى ، وقد قلنا ان الوضع المادى يفيد عدم وجود أية ضريبة مباشرة على هؤلاء الأشخاص أو على الأجانب غير الممتازين .

ومما هو جدير بالذكر أن عدد الأشخاص الذين لا جنسية لهم قد بدأ فى التناقص فى العهود الأخيرة اذ تجرى الحكومة على منحهم الجنسية المصرية عن طريق التجنس .

٥٩٠ — على أنه لا مفر من خضوعهم فى الاختصاص الجنائى للقضاء الأهلى .

---

(١) انظر بحث Vichniac . ١٨٨ .

(٢) مصر المختلطة ٢٤ ديسمبر ١٩٢٣ جازيت . ١٤ . ٢٣١ والأحكام السابق الاشارة اليها بالنسبة للروس القدماء أما بالنسبة لمن لا جنسية لهم أصلا انظر ١٢ ابريل ١٩٢٣ جازيت ١٣ . ٢٠٣ .

(٣) انظر قبله ٦١٧ .

الفصل الخامس

فى

الأشخاص المعنوية الأجنبية [١]

٥٩١ — رأينا مقدار ما يتمتع به الأجانب على اختلاف جنسياتهم من حقوق فى مصر، ولا جدال فى أن أغلبيتهم تتبوأ مركزا ممتازا تتعالى به على المصريين فى بلادهم. وهناك ناحية أخرى فى الموضوع جديرة بالبحث وهى خاصة بالأشخاص المعنوية الأجنبية، فكيف تعامل فى مصر وما هو مركزها؟

٥٩٢ — لاشك أن فى تقرير الامتيازات والحقوق السالفة للأشخاص المعنوية الأجنبية على النمط الذى يتمتع به الأشخاص الذاتيون خطورة بالغة، لأن الأشخاص المعنوية قوية بأموالها، وبتأليفها من جماعات من الأجانب لها أغراض بعيدة المدى، يسهل تحقيقها على مر الزمان. فالشخص المعنوى أطول عمرا من الشخص الطبيعى، وله مآرب أوسع كما أن وسائله فى هذا السبيل أكثر مضاء نظرا لما يملكه من أموال منقولة وعقارية ولتجرده عن المعنويات التى تعرقل أعمال الأفراد أحيانا. فهل تعامل الأشخاص المعنوية الأجنبية فى مصر نفس المعاملة التى يعامل بها الأشخاص الذاتيون من الأجانب [٢]؟

٥٩٣ — وللاجابة على ما تقدم يلزمنا أن نبحث ثلاث نقط هامة. الأولى: متى يعتبر الشخص المعنوى أجنبيا، وهذه هى المسألة الشهيرة بجنسية

---

(١) وأهم المراجع هى بحث Maurice Travers المنشور فى مجلة أكاديمية لاهاى ١٩٣١ ومقال Maurice Leven . المجلة . ١٩٣٢ ودروس الدكتوراه Lévy-Ullmann . ١٩٣٥ ٥٢ وما بعدها . ومقال Arminjon . المجلة ١٩٢٨ . ومقالة عن الشركات الأجنبية فى « مصر العصرية » . ٢ . ٢٢٩ — ٢٧٥ .

(٢) وعلى أية حال فان أغلب هذه الاعتراضات يثار أيضا بشأن الأشخاص المعنوية الوطنية ولكن الأشخاص المعنوية الأجنبية هى التى تهمنا من وجهة القانون الدولى الخاص . قارن مختصر دالوز . نبذة ١٦٠ حيث يشير الى حق المشرع الفرنسى فى منع الأجانب من الاشتراك فى تكوين بعض الأشخاص المعنوية الفرنسية اذا راق له ذلك .

الشخص المعنوى . الثانيــة : هل يعترف بالشخص المعنوى الأجنبي فى مصر . الثالثة : هل يمكن للأشخاص المعنوية الأجنبية أن تمارس نشاطها فى مصر ، أو بعبارة أخرى ما هو مدى هذا الاعتراف ؟ وهاك البيان :

٥٩٤ — متى يعتبر الشخص المعنوى أجنبيا ؟ من المقرر الآن فقها وقضاء أن الشخص المعنوى كالشخص الطبيعى يتمتع بالجنسية [١] . وأنه على هـذا الأساس يوجد شخص معنوى أجنبي ، كما يوجد شخص معنوى وطنى . والوصول الى هذه النتيجة قد تقدمته خلافات طويلة . فكان من رأى البعض أن الشخص المعنوى ، ووجوده وهمى تصورى ، لا يمكن أن تكون له جنسية تربطه بدولة ما ، فرابطة الجنسية وهى رابطة سياسـية مقصورة على الأشخاص الذاتيين [٢] . ولـكن طرحت الآن نظرية اعتبـارية الشخص المعنوى جانبا وحلت محلها نظرية حقيقية الشخص المعنوى . هـذا من جهة ، ومن جهة أخرى فانه لا تلازم بين الجنسية والحقوق السياسية اذ النساء فى مصر وفرنسا يتمتعن بالجنسية ومع ذلك لا يمارسن الحقوق السياسية .

وعلى أية الأحوال فجنسية الأشخاص المعنوية مقررة فى مصر تشريعا اذ تتكلم المادة [٣] ٤١/٤٧ تجارى أهلى ومختلط عن جنسية الشركات المساهمة

---

(١) انظر مقال الأستاذ عبد المنعم رياض « جنسية الشركات التجارية فى مصر » باللغة الفرنسية مجلة القانون والاقتصاد .. ٢ . ٢٧٠ .

(٢) قارن Pillet-Niboyet . ٣٥٠ وما بعدها حيث يقرر أنه من الممكن استبدال جنسية الشركات بحالة الشركات statut juridique de la société وكذلك ٣٥٣ هامش (٤) .

(٣) واعترفت معـاهدة فرساى بجنسية الشركات التجارية فى نص المـادة ٢٩٥ وكذلك المـادة ٢٤٩ من معاهدة سان جرمان والمادة ١٧٧ من معاهدة Neuilly . ومقتضى النصوص السابقة أن جنسية الشركة تتحدد وفقا « لضابط المراقبة » Criterium de contrôle بمعنى أنه اذا كانت الـكلمة العليا فى الشركة للشركاء الأجانب فالشركة أجنبية ولو أنهـا تكون قد تأسست فى الدولة ولو بتصريح منهـا . والغرض من اتباع هـذا الضابط التمسك بحقيقة الواقع بدلا من اتباع الظاهر . وقد أخذت المحاكم الفرنسية بهذا الضابط منذ الحرب لبيان صفة العدو وكذلك أخيرا فى قضية Remington على وجه آخر سنبينه فيما بعد .

وتعترف لها بالجنسية المصرية اذا ما تأسست فى مصر [١] . وهذا النص وان كان يتكلم عن الشركات المساهمة التى تؤسس فى مصر ، فمع ذلك من المقرر أنه يفصل فى الوقت نفسه فى جنسية الأشخاص المعنوية على العموم ، اذ يعترف بوجود جنسية لها ، وكذلك يميز بين الأشخاص المعنوية التى تتمتع بالجنسية المصرية والأشخاص المعنوية التى تتمتع بالجنسية الأجنبية عن طريق القياس العكسى [٢] .

فهل تتمتع جميع الأشخاص المعنوية على اختلاف أنواعها بالجنسية المصرية اذا ما تأسست فى مصر ؟ فى الأمر تفصيل لا بد منه ، ومداره أن الشخص المعنوى الذى ينشأ فى مصر اما أن يكون شركة Société أو جمعية Association وتلحق بها المؤسسه Fondation [٣] ، فان كانت الشركة مساهمة فليس فى الأمر خلاف متى تمت عملية التأسيس فى مصر ، تلك العملية التى تتلخص فى اجتماع الأعضاء المؤسسين والاكتتاب فى رأس المال وتوقيع العقد المبين لادارة الشركة Statut وميدان أعمالها . . الخ فالشركة فى هذه الحالة مصرية بصريح النص السالف الاشارة اليه [٤] . وعليها أن تجعل مركزها الرئيسى فى مصر siège social.

---

(١) وهذا الوضع يخالف ما كان متبعا قبل نظام الاصلاح اذ كانت هذه الأشخاص أجنبية أو متمتعة على الأقل بحماية أجنبية ٢٩ ابريل ١٩٠٨ . م . ت . م . ٢٠ . ٢٢٢ .

(٢) انظر ١١ ابريل ١٩١٢ . م . ت . م . ٢٤ . ٢٧٤ والحكم خاص باعتبار شركة مياه الاسكندرية شركة انجليزية لتأسيسها فى الخارج ولو أن محل عملها الرئيسى هو مصر . وبنفس المعنى ١٩ فبراير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٥٣ اذ يكتفى بعملية التأسيس فقط من دون الاستغلال وفقا لأحكام التشريع المصرى . والحكم خاص بشركة ترام الاسكندرية .

(٣) والفارق بين المؤسسة والجمعية أن كيان الأولى وجود أموال مخصصة لتحقيق غرض معين كالأوقاف مثلا فى رأينا ، أما فى الثانية فكيانها وأساسها وجود أشخاص يرمون الى تحقيق أغراض معنوية فالأشخاص هنا لهم اعتبار ظاهر بخلاف الحال فى المؤسسة . وعلى أية حال فالمؤسسات والجمعيات من المنشئات ذات النفع العام d'utilité publique عادة .

(٤) ومع أن هذه الشركات مصرية الجنسية فان المحاكم المختلطة أخضعتها لاختصاصها تطبيقا لنظرية المصالح المختلط ، اذ كون الشركة مساهمة يجعل من المحتمل دائما وجود مساهم =

أما اذا كانت الشركة شركة تضامن أو توصية مدنية كانت أو تجارية، فتقتضى المبادىء العامة فى القانون [(١)] وكذلك يقضى المنطق السليم باعتبارها مصرية اذا تأسست فى مصر، وباعتبارها أجنبية اذا تأسست فى الخارج ، ولكن المحاكم المختلطة قررت مع ذلك باطراد أن جنسية الشركة تتحدد فى هذه الحالة بجنسية أعضائها فاذا كانوا جميعا يونانيين مثلا فشركتهم يونانية خاضعة للقانون اليونانى [(٢)]، وفى هذا توكيد لتمتع هذه الشركات بنظام الامتيازات . ولم تقف المحاكم المختلطة عند هذا الحد بل قررت وجود جنسية مختلطة nationalité mixte لشركات الأشخاص السالفة الذكر اذا كان أعضاؤها مختلفى الجنسية [(٣)] . ولا شك فى غرابة هذا النوع من الجنسية ، وكان الأولى بدلا من ابتداع هذا الاصطلاح الذى يشعر بنقص السيادة المصرية على أراضيها أن يكتفى بالقول بأن هذه الأشخاص

= أجنبي فى الحال أو فى الاستقبال . وقد كانت هذه المسألة خلافية حتى سنة ١٨٨٤ ، ولكن استقرت عقب ذلك بمقتضى قرار المؤتمر الدولى الذى عقد فى مصر وقد أقر اختصاص المحاكم المختلطة تفسيرا للمادة التاسعة من لائحة ترتيبها . وقد حكمت المحاكم المختلطة أخيراً باختصاصها بنظر قضايا بنك التسليف الزراعى اتباعا للنظرية السالفة رغم وجود نص صريح فى عقد تأسيسه بخضوعه للمحاكم الأهلية فى علاقاته مع المصريين . وتوجد بيانات هامة فى هذا الصدد فى مؤلف الأستاذ رياض ٢٠ . ٢٣٣ . وقد اعتبر القضاء المختلط وجود صالح مختلط اذا ما كانت الشركة توصية بأسهم société en commandite par actions انظر المجلة ١٩٣١ . ١٢١٧ وبه تعليق .

(١) لأن الشخص المعنوى مدين بكيانه للدولة التى ينشأ على رقعتها ووجوده معلق على اجازتها اجازة صريحة أو ضمنية « حكم محكمة اسكندرية ٤ يناير ١٩٣٤ محاماة ١٤٠ . ٣٧٥ » . قارن مع ذلك أرمنجون « الأجانب . . . . ٢٠٥ وما بعدها وبخاصة ٢١٦ حيث يقرر أن نص المادة ٤٧ ف . م . استثنائى » ! !

(٢) ١٢ ديسمبر ١٨٩٥ . م . ت . م . ٨ . ٤١ ومع ذلك فاذا اختار هؤلاء الشركاء شكلا لشركتهم مخالفا لما هو مقرر فى القانون المصرى فشركتهم باطلة كما اذا اختار جماعة من الالمان شركة أشخاص محدودة المسئولية . قبله ٣٤٤ هامش (٢) وكذلك ارمنجون المرجع السابق ٢٢٦ وما بعدها فى المذاهب المختلفة فى هذا الصدد .

(٣) انظر ١٢ يونيه ١٩٠٧ . م . ت . م . ١٩ . ٣٠٤ و ١٧ يونيه ١٩١٥ . م . ت . م . ٢٧ . ٤١٩ .

مصرية [١] ولكنها خاضعة للقانون المختلط .

أما الجمعيات والمؤسسات ذات الأغراض المعنوية فيقضى المنطق السليم أيضا باعتبارها مصرية متى تأسست فى مصر . أما المحاكم المختلطة فانها تتبع التفرقة السالفة التى أساسها جنسية الأعضاء . وهذا القضاء منتقد كما قدمنا [٢] .

٥٩٥ — والمقياس الذى اتبعه المشرع المصرى فى تقريره الجنسية للأشخاص المعنوية هو التأسيس الذى يتبعه المركز الأساسى . وقد كان هذا المقياس متبعا فى القضاء الفرنسى اذ ذاك ، أما الآن فقد عدل عنه الى مقياس آخر هو معرفة مركز استغلال أموال الشركاء الذين يمثلون أغلبية رأس المال ، فيكون للشخص المعنوى جنسية بلد هذا المركز . والمقياس مزدوج [٣] كما هو ظاهر ، اذ

(١) ولعلهم أرادوا به الاشارة الى صفتها الدولية .

(٢) على أن المحاكم المختلطة تحتاط هنا فى تطبيق نظرية الصالح المختلط اذ لا تعتبر مجرد وجود صالح معنوى لأجنبى من شأنه أن يعطيها الاختصاص ومن باب أولى لا يكفى لايجاد ما سمته بالجنسية المختلطة . قارن ٣ يونيه ١٩١٤ . جازيت ٤ . ٢٠٥ و ٢٢ مايو ١٩١٢ . م.ت . م . ٢٤ . ٣٤٨ وعكس ذلك ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ الجازيت . ٢٤ . ٧٨ وبالنسبة للطوائف الدينية انظر ٤ ابريل ١٩٢٨ . م . ت . م . ٣٦ وقد حكم أن للوقف جنسية تتحدد بالدولة التى توجد فيها الأموال الموقوفة ٥ فبراير ١٩٢٤ . م . ت . م . ٣٦ . ٢٠٢ فلا محل اذن لاعتبار جنسية الواقف أو المستحقين . راجع ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ . جازيت ٢٣٠ . ٣٧٥ ومقال فؤاد حسنى بك المنشور فى الجازيت ٢٢ . ٩٩ — ١٠٤ والأحكام التى أشار اليها وكذلك Messina . ٨٠٤ .

(٣) انظر Lévy-Ullmann دروس الدكتوراه ١٩٣٣ — ١٩٣٤ . ٥٥ حكم النقض الفرنسى ١٢ مايو ١٩٣١ . سيرى ١٩٣٢ . ١ . ٥٧ فيما يتعلق بالملكية التجارية وقد عزز هذا الحكم بآخر صادر من الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية فى ٢٤ يوليه ١٩٣٣ . المجلة ١٩٣٤ . ١٠٩ مع تعليق الاستاذ Niboyet . وقرر الحكم أنه لا يصح للشركات الفرنسية التى يديرها أجانب أن تدعى قبل الحكومة الفرنسية بحقوق أساسها القانون العام اعتمادا على صفتها الفرنسية لأن الاعتراف بالجنسية للشركات والأشخاص المعنوية ينتج آثاره بالنسبة للقانون الخاص دون القانون العام . ومعنى ذلك أنه لا يستفيد من مزايا القانون العام سوى الشركات الفرنسية التى يكونها فرنسيون . قارن Pillet-Niboyet . ٣٥١ وما بعدها . أما غيرها من الشركات الفرنسية اسما والتى يؤسسها أجانب فالفصل فى أمر جنسيتها متروك للقضاء الادارى دون القضاء المدنى . راجع تعليقا على هذا القضاء فى موسوعة القانون الدولى الملحق السابق . ٢٥٢ . بند ٩ .

يعتمد على جنسية الشركاء من جهة ومكان استغلال أموالهم من جهة أخرى ، أى مصدر رأس المال . ويرجع تقريره الى اعتبارات الحرب ، اذ فى غضونها تبين وجود أشخاص معنوية فى فرنسا تتمتع بالجنسية الفرنسية مع أن المشرفين عليها والذين يديرونها حقيقة هم أجانب من الأعداء . فابتدع القضاء هذا المقياس لكى يسهل مهمة مصادرة أموال هذه الأشخاص المعنوية التى لها فى الواقع صفة العدو .

وظل القضاء متبعا هذا المقياس حتى الآن [١] فيما يتعلق ببعض الحقوق .

٥٩٦ — والواقع أن الشخص المعنوى قد يتأسس فى دولة معينة وتحيط بتأسيسه فى الوقت نفسه جملة عوامل أجنبية كأن يكون بعض المؤسسين أجانب، أو يوجد مكان أعماله فى بلد آخر . ونسوق على سبيل المثال شركة قنال السويس فهذه الشركة تكاد تكون عالمية ، اذ أنشأها دى لسبس ومركز ادارتها فى فرنسا والقنال موجود فى مصر وكان للحكومة المصرية نصيب قدره ١٥ ٪ من الأرباح ، كما أن أسهمها محررة فى أربعة لغات ، ومجلس ادارتها يتكون من ٣٢ عضوا ينتسبون الى خليط من الدول . . . ولكن لم يمنع كل هذا من اعتبارها شركة مصرية بموجب حكم صادر من محكمة الاستئناف المختلطة [٢] .

ودعى وجود كل هذه العوامل الى الاختلاف حول المقياس الواجب الاتباع ،

---

(١) ولما عرضت مسألة جنسية الشركات التجارية فى مؤتمر القانون المقارن بلاهاى (١٩٣٢) اتخذ فيها قرارا مؤداه أن جنسية الشركة تتحدد بقانون انشائها la loi de création أى قانون بلد التأسيس مع الاحتفاظ للبلاد الأخرى بالحق فى اتخاذ الاجراءات التى تراها لازمة لحماية مصالحها . ويرى من هذا القرار الرغبة فى العودة الى المقياس التقليدى القديم نظرا لسلامته مع الاعتراف بالتحفظ الذى دعت اليه ضرورات الحرب بالنسبة للشركات التى توجد تحت مراقبة العدو sociétés contrôlées رغم تمتعها بالجنسية الوطنية . فرغبة فى التحوط ضد هذه الظروف الطارئة وضع التحفظ السالف ورجع الى المقياس القديم . وعلى أية حال فقد بدأ هذا الاتجاه يظهر فى القضاء والفقه فى فرنسا عقب الحرب راجع موسوعة القانون الدولى الملحق (١٩٣٤) . ٢٥٠ بند ٤ . وانظر قبله ٧٠٩ هامش (٣) .

(٢) حكم ٤ يونيه ١٩٢٥ . م . ت . م . ٣٧ . ٤٦٧ اذ اعتمد على أن مصر هى بلد التأسيس وغض الطرف عن كل الاعتبارات الأخرى .

فقال البعض باتباع جنسية الأعضاء أو أغلبيتهم على الأقل أو الجنسية التى يختارها الشركاء . . الخ ولا تقل الآراء فى هذا الصدد عن تسعة [١] ، يمكن تقسيمها فى الواقع تقسيما علميا على الوجه الآتى : أولا : اما أن يؤخذ بالاعتبارات الخاصة بالأشخاص . ثانيا : اما أن يؤخذ بالاعتبارات الموضوعية المتعلقة بالمال أو بمركز النشاط .

٥٩٧ — وعلى أية حال فانه وفقا للتشريع المصرى ، اذا كان تأسيس الشركة (أو الشخص المعنوى على العموم) قد تم فى الخارج فهو متمتع بالجنسية الأجنبية [٢] . وتتبع أحكام هذا القانون فيما يتعلق بوجود الشخص المعنوى وفنائه ، وقدرته على التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات ، وكذلك اكتسابه لجنسية جديدة . كل هذا بشرط أن يكون التأسيس الذى تم فى الخارج [٣] حقيقيا لا صوريا fictif أى لم يكون موجودا من باب التحايل بقصد التهرب من تطبيق أحكام التشريع المصرى ، فاذا ثبت ذلك اعتبر تكوين الشخص المعنوى باطلا [٤]

---

(١) فعلاوة على ما أوردناه فى الصلب يمكن أن تتحدد جنسية الشركة وفقا لقانون الدولة التى تكونت على اقليمها أو التى حصل فيها الاكتتاب برأس المال أو التى يجتمع فيها مجلس ادارتها أو جمعيتها العمومية أو التى يكون فيها موطن الشركة domicile social أى محل عملها أو فى النهاية وفقا لما يقضى به قانون القاضى المرفوع اليه النزاع . راجع فى تفصيل ما تقدم مؤلف Bustamante . ١ . ٣٢٣ وأرمنجون . ٢ . ٣٩٤ وبخاصة هامش (٤) حيث تجد حلا اقترحه الكاتب .

(٢) وتلحق هذه الجنسية فرعه succursale فى مصر الا اذا كان لهذا الفرع شخصية قائمة بذاتها بمعنى أن له أمواله الخاصة وادارته الخاصة ولا تختلط موارده بأموال الشركة الأصلية فانه لا يعد فرعا بل شركة متفرعة société filiale لها جنسيتها الخاصة بها قارن أرمنجون ٢٠ . ٤٠٢ . مع ملاحظة ما قررناه فى بند ٥٩٢ من مؤلفنا .

(٣) وحصول التأسيس فى الخارج يستتبع حتما وجود المركز الرئيسى فى الخارج أيضا .

(٤) وذلك تطبيقا لنظرية الغش نحو القانون . قارن ١٥ يناير ١٩١٣ . م . ت . م . ٢٥ . ٢٣١ وكذلك ١٩ فبراير ١٩٢٧ . م . ت . م . ٣٩ . ٢٥٣ . و ٢٢ فبراير ١٩٢٧ جازيت . ١٧ . ٣١١ .

ومن ثم غير موجود فى نظر المحاكم المصرية . وقررت المحاكم المختلطة مرارا أنه لا يمكن للأشخاص أن يتفقوا على اختيار جنسية أجنبية للشخص المعنوى الذى يتأسس فى مصر خلاف الجنسية المصرية و يعتبر مثل هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام (١) .

فاذا كانت عملية التأسيس قد تمت فى الخارج فالشركة أجنبية وتظل خاضعة لحكم التشريع الأجنبى الذى تأسست تحت ظلاله الا اذا غيرت جنسيتها واكتسبت جنسية جديدة . وترى أغلبية رجال الفقه أن عملية تغيير الجنسية السابقة لا يمكن أن تتم الا بانحلال الشخص المعنوى وتأسيسه من جديد ، وسندهم فى ذلك أن الشخص المعنوى قد اكتسب الجنسية من التشريع الذى تأسس وفقا لأحكامه فاذا أراد تغيير جنسيته فلا بد من زواله لكى ينشىء علاقة جديدة مع تشريع جديد (٢) . على أن بعض التشريعات الحديثة يبيح للأشخاص المعنوية الأجنبية اكتساب جنسية دون حاجة لانحلاله ولا شك أن هذا الحكم مؤد الى ايجاد حالات تنازع ايجابى بشأن جنسية الأشخاص المعنوية (٣) .

٥٩٨ — هل يعترف بالشخص المعنوى الأجنبى فى مصر؟ رأينا أنه فى داخل الحدود المصرية يمكن للجماعات المكونة من بعض أشخاص من الأجانب أن يؤسسوا شخصا معنويا أجنبيا فيعترف له بهذه الصفة حسب التفصيل الذى سارت عليه المحاكم المختلطة . ولا شك أن هذا الوضع استثنائى . والوضع المعتاد فى مصر أن يتأسس الشخص المعنوى الأجنبى فى الخارج فتعترف له دولته بالشخصية المعنوية وفقا لتشريعها ، فهل يعترف القانون فى مصر بهذا الشخص المعنوى أيضا فيسوغ له مثلا أن يقبل الهبات والوصايا وأن يترافع أمام المحاكم

---

(١) راجع ٢٩ ابريل ١٩٠٨ . م . ت . م . ٢٠ . ٢٢١ وكذلك ٦ ابريل ١٨٩٢ م . ت . م . ٤ . ١٩٨ .

(٢) انظر ارمنجون . ٢ . ٤٠٥ والمراجع التى أشار اليها فى هامش (٢) .

(٣) انظر مؤلف Makarov . ٢٠٠ وقارن Arminjon . ٢ . ٤٠٧ وما بعدها حيث يعالج الموقف بالنسبة للتشريع الفرنسى .

المصرية وبالجملة هل يعترف للشخص المعنوى بأهليته فى التمتع وفقا لأحكام القانون الأجنبى اذا تم التأسيس فى الخارج ؟

من المتفق عليه فى مصر أن الأشخاص المعنوية الأجنبية العامة كالدولة والمديرية . . الخ ، وهى أشخاص تتقيد باقليم معين ، يعترف بها فى مصر وكذلك فى سائر الدول الأخرى [١] . كما يتبع نفس الحكم فى مصر بالنسبة للأشخاص المعنوية ذات النفع العام كمعاهد العلم والأبحاث وكذلك الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات . أما فى الخارج فانهم يميلون بخاصة الى تقييد الاعتراف بالأشخاص المعنوية ذات النفع العام ، ففى فرنسا يستلزمون ضرورة سبق اتباع الاجراءات المنصوص عليها فى القانون الفرنسى [٢] .

٥٩٩ — ما هو مدى الاعتراف بالشخص المعنوى الأجنبى فى مصر ؟
رأينا أن الأصل أن يعترف بالشخص المعنوى الأجنبى فى مصر [٣] دون

---

(١) وقد قامت بعض الصعوبات فى أول الأمر بشأن حكومة السوفييت وذلك قبل الاعتراف بها سياسيا . كما أنه حصل أن رفضت الحكومة الرومانية الاعتراف بحق الحكومة اليونانية فى أن ترث أحد رعاياها المتوفى فى رومانيا والقضية معروفة باسم Affaire Zappa وكان ذلك فى سنة ١٨٩٢ .

(٢) انظر نقض فرنسى ٧ فبراير ١٩١٢ . سيرى ١٩١٤ . ١ . ٣٠٥ .

(٣) سواء أكان هذا الشخص عاما أم خاصا وسواء كان شركة أموال أو أشخاص وذلك على خلاف المتبع فى أوروبا قارن Weiss . ٣٣٦ . وما بعدها حيث يشير للقانون الفرنسى الصادر فى ٣٠ مايو ١٨٥٧ بشأن الشركات المساهمة . وانظر أيضا قانون أول يوليه ١٩٠١ بشأن الجمعيات والمؤسسات . ويجرى بعض الدول على تسهيل مهمة الجمعيات ذات الصفة الدولية الظاهرة أى التى لا تتحدد مصالحها وأغراضها بدولة معينة (انظر القانون البلجيكى الصادر فى ٢٥ أكتوبر ١٩١٩ فى مؤلف Poullet . ٢١٤) .

ويرى الأستاذ Lévy-Ullmann بهذه المناسبة أنه يمكن الاتفاق على وضع نظام قانونى خاص بتنظيم الشركات ذات النشاط الدولى فيعترف لها بجنسية دولية ، ويسوق تأييدا لرأيه النظام الخاص ببنك التسويات الدولية . انظر دروسه الدكتوراه ١٩٣٤ — ١٩٣٥ . ٧٥ وما بعدها حيث يسترسل فى فكرته ويقول بها بالنسبة لجميع الأشخاص المعنوية على اختلاف أنواعها متى كانت صفتها الدولية ظاهرة ، ولعله استلهم هذه الفكرة من التشريع البلجيكى السالف الاشارة اليه .

حاجة الى اتباع اجراء معين ولكن ذلك بشرط أن لا يكون فى وجود هذا الشخص المعنوى أية مخالفة للنظام العام (١).

فاذا ما اعترف بالشخص المعنوى الأجنبى فالى أى حد يذهب هذا الاعتراف ؟ من المعلوم أن بعض الأشخاص المعنوية الخاصة (الشركات المساهمة مثلا) لا تقف مجهوداتها عند حدود الدولة التى نشأت فيها بل يمتد نشاطها الى الخارج سواء كان ذلك بعد مضى مدة على انشائها أو من بادىء الأمر (شركة فورد أو شركات الملاحة وغيرها) . فهل يباح لهذه الأشخاص المعنوية أن تزاول أعمالها بدون قيد ولا شرط ؟ وما هو الحكم لو كان الشخص المعنوى ذا نفع عام فهل يسمح له فى هذه الحالة بأن يمد نشاطه الى بلاد أجنبية ؟ لا شك فى أن السماح لهذه الأشخاص المعنوية على اختلاف أنواعها بممارسة أعمالها فى بلد غير بلدها الأصلى ، سلب لحقوق هذا البلد وكذلك لحقوق رعاياه الذين لهم وحدهم ، بحسب الأصل ، حق القيام بهذه الأعمال وتحقيق هذه الأغراض مادية كانت أو معنوية . ومع ذلك فان ازدياد العلائق بين الدول وبخاصة العلائق التجارية تدعى الى التساهل والسماح للأشخاص المعنوية الأجنبية بمزاولة أعمالها حتى فى خارج بلادها لما يترتب على ذلك من منافع اقتصادية ومعنوية جمة . والذى يحصل عادة أن لا تسوى التشريعات المختلفة فى المعاملة بين الأجانب وبين الأشخاص الأجنبية المعنوية (٢) بل تجعل الأخيرة فى مركز أقل نظرا لخطورتها فلا تجيز لها

---

(١) قارن Poullet ٢١٨ وما بعدها حيث يبين الحال فى بلجيكا وهل يعترف بالأشخاص المعنوية الأجنبية فيها والى أى حد . ويذهب الأستاذ الى ضرورة الاعتراف بالشخص المعنوى الأجنبى الا اذا كان فى وجوده مخالفة للصالح العام ولكنهم يستلزمون هناك ضرورة الاعتراف الصريح أو الضمنى بالشخص المعنوى الأجنبى حتى يتمتع بالوجود فى نظر المشرع البلجيكى .

(٢) قارن مع ذلك بالنسبة للتشريع البلجيكى Poullet . ٢٥٤ حيث يقرر أنه يعترف للشخص المعنوى الأجنبى بنفس الحقوق التى يعترف للشخص المعنوى البلجيكى المماثل . وانظر قيودا على ما تقدم فى ٢٥٧ وما بعدها .

اذن التمتع بكامل الحقوق (١) التى تعترف بهـا الأشخاص للأجانب الذاتيـين وفوق ذلك فانها تلزمها باتباع اجراءات خاصة حماية لمصالح رعاياها ومثـال ذلك اجراءات العلانية المتعلقة بعقود تأسيس الشركات الخ .

أما فى مصر فالأشخاص المعنوية الأجنبية لا تتقيد بخلاف قيد النظام العام وليس هناك من تشريع مصرى كامل يقرر قيودا على ما تتمتع به هذه الأشخاص من حقوق أو على الأقل يخضعهـا لاتباع اجراءات معينة ويقولون دائما ان هذا التشريع فى دور التحضير . . . وأهم ما يلاحظ فى هـذا الصدد أن الأشـخاص المعنوية ذات النفع العام تمارس أعمالها بحرية أوسع فى مصر أكثر منها فى بلادها الأصلية ، بل ويحصل أحيانا أن يكون محرما عليها كلية أن تمـارس نشاطها فى بلادها الأصلية وذلك كالبعثات الدينية الفرنسـية وغيرها . وتشاهد فى القـاهرة وغيرها من المدن الكبيرة المصرية المستشفيات والمدارس ومعاهد التبشير ومعاهد الأبحاث العلمية والملاجىء الأجنبية ، كل ذلك بغير ضابط ولا رقيب من جانب السـلطات المصرية . وهذا المركز الشـاذ انمـا يسـتند الى الامتيـازات

---

(١) والواقع أن المسـألة ذات شقين فالشق الأول منهـا موضوعه التمتع بالحقوق la jouissance والثانى موضوعه التصرف فى الحقوق exercice . أما بالنسبة للشق الأول فالخلاف بشأنه كبير بين الكتاب فنهم من يخضع الشخص المعنوى من هـذه الناحية لقانون جنسيته بغض النظر عن قانون الجهة التى تحصل فيها ممارسة الحقوق (انظر Fœlix . ١ . ٦٥) ومنهم من يفضل الرجوع لقانون الجهة التى يحصل فيهـا التصرف فى الحقوق لمعرفة ما اذا كان لهم التمتع بها أو لا (انظر Laurent . ٤ . ٢٦٢) .

ولـكن يفضل أغلب الشراح اعتبار قانون جنسية الشخص المعنوى الأجنبى بشرط المحافظة على أحكام القانون الوطنى المتعلقة بالصالح العام intérêt public (انظر Weiss . ٤ . ٦٩٨).

والواقع أننا اذا نظرنا الى شقى المسألة فى ضوء الآراء السابقة وجـدنا أن المجمع عليه تقريبا بالنسبة للشق الأول الخاص بموضوع الحقوق التى يجوز للشخص المعنوى أن يتمتع بها يتحدد وفقا للقانون الوطنى أما الشق الثانى الخاص بالتصرف فى هذه الحقوق فرجعه القانون الأجنبى الذى يبين أهلية الشخص المعنوى وحالته أسوة بالأشخاص الطبيعيين الأجانب قارن Poullet . ٢٥٣ .

الأجنبية [1] وقد كان له نظير فى بلاد الأمبراطورية العثمانيــة ولـكنه زال الآن من الوجود فى عهد الجمهورية التركية الحديثة .

والخلاصة أن الأشخاص المعنوية الأجنبية تتمتع بمركز ممتازاذا ما انتسبت الى دولة من أصحاب الامتيازات ، فاذا انتسبت الى دولة أخرى فلا يمكن للتشريع المصرى أن يمتد اليها وحدها اذ الأصل فى التشريع أن يكون عاما ، فلذا يقف المشرع المصرى جامدا منتظرا زوال الامتيازات أو موافقة الدول الممتازة على تشريع موافق ، ودون هذا الغرض صعوبات جمة .

وفى انتظار هذا التشريع تتحدد أهلية التمتع لهذه الأشخاص وفقا لأحكام القانون الذى تأسست وفقا له ، ولا يمكن أن تتقيد فى مصر بقيد سوى قيد النظام العام . وهذا الوضع مخالف لنظيره فى البلاد الأخرى اذ هنالك تتحدد أهليــة التمتع وفقا لأحكام القانون الوطنى بحسب الأصل ولا يؤخذ بأحكام القانون الأجنبى الا اذا حرم على الشخص المعنوى التمتع بحق معين يبيحه التشريع الوطنى . وأما أهلية التصرف فانها تتحدد دائما وفقا لقانون جنسية الشخص المعنوى دون تدخل من جانب التشريع الوطنى مع ملاحظة قيد النظام العام [2] .

---

(١) انظر فى ايضاح هذا الوضع الشاذ مؤلف أرمنجون « الأجانب » . ٢٠٨ وما بعدها حيث يقرر أن الامتيازات الأجنبية تعطى الأجانب الحق فى تـكوين جماعات فيما بينهم لمدد غير محدودة ويعترف لها بكامل الحقوق التى يقرها التشريع الذى تـكونت تحت سلطانه . ولا شك أن هذا القول مقيد على الأقل بنصوص التشريع المختلط السابق الاشـارة اليها وكذلك بقيد النظام العام الذى لا يحيل اليه الأستاذ كثيرا .

(٢) انظر قبله ٧١٥ هامش (١) .

الفصل السادس

فى

مصير نظام الامتيازات

٦٠٠ — الآن وقد انتهينا من دراسة حالة الأجانب فى مصر وعرفنا المركز الشاذ الذى يتمتعون به بفضل نظام الامتيازات فى الشكل الذى انتهت اليه ، بفعل العادة من جهة ، و بفعل الاتفاقات الخاصة التى عقدتها مصر من جهة أخرى ، يحق لنا أن نتساءل فى خاتمة هذا البحث عما يخبئه المستقبل لنظام الامتيازات .

ليس من الصعب التكهن بمصير هذا النظام ، فمصيره الحتمى هو الزوال لأنه نظام شاذ غير مألوف ، خلق فى أوقات وظروف خاصة زالت الآن من الوجود ، فمن الطبيعى اذن أن يزول بزوالها . ولكن من الصعب تحديد الوقت الذى سيلقى فيه حتفه ، لأن نظام الامتيازات الحالى أصبح نظاما له صبغة سياسية ظاهرة ، وتعلقه بالسياسة يجعله خاضعا لأهوائها ، ومتأثرا بعواملها .

وهذا الاستنتاج من جانبنا لا يقوم على مجرد الرغبة فى تحقيقه ، وانما يقوم على عوامل حقيقية يعترف بها الجميع . فليس هناك فى الوقت الحاضر من يجرأ على الدفاع عن بقاء نظام الامتيازات على ما هو عليه ، ومن الكتاب من شن الغارة عليه منذ عشرات السنين ، بل ان انجلترا نفسها اعترفت على لسان معتمدها السياسى ، اللورد كرومر فى سنة ١٩٠٤ [1] بأن نظام الامتيازات أصبح لا يتفق

(١) وذلك فى تقريره السنوى حيث يتنبأ بأن الأجانب أصحاب المصالح الحقيقية سيجدون من مصلحتهم تغيير نظام الامتيازات وأهم تقرير له فى هذا الصدد هو التقرير الذى وضعه فى سنة ١٩٠٨ وخص الجزء الخامس منه ببحث مسألة الامتيازات . ويقول بضرورة وضع نظام وقتى لصعوبة الطفرة فى هذه المسألة المعقدة ورغبة فى رعاية مطالب الدول الممتازة . وقد شرح اللورد كرومر لنظامه المقترح ومؤداه انشاء محاكم دولية فى مصر . راجع فى أسس التغيير =

فى شىء مع حالة مصر ومبلغ ما وصلته من تقدم ومدنية ، وقد تكرر هذا الاعتراف مرارا فى جميع المفاوضات السياسية التى تمت فى السنين الأخيرة ، بل ذهبوا فى مشروع هندرسن — محمد محمود الى الاعتراف بحق مصر فى حماية الأجانب وبتعديل نظام المحاكم المختلطة تعديلا جديدا ، كما سمحوا بسريان التشريع المصرى على الأجانب بما فى ذلك التشريع المالى بقيود أخف بكثير من القيود الحالية (١).

= الواجب الاتباع مؤلف Scott . ٢٩٨ . وما بعدها . راجع فى ضرورة التغيير Lamba . ٣٠٢ وما بعدها خاتمة مؤلفه .

وفى سنة ١٩١٧ فكر فى الغاء الامتيازات والمحاكم المختلطة وانشاء محاكم واحدة للفصل فى المنازعات فتألفت لجنة الامتيازات تحت رياسة Brunyate واستمرت هذه اللجنة فى أعمالها مدة أربع سنوات ووضعت هذه اللجنة مشروعا تعرض له الزعيم الخالد سعد زغلول باشا بالنقد فى محاضرة ألقاها بجمعية الاقتصاد والتشريع فى ٨ فبراير ١٩١٩ ونقده بعد ذلك الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا فى مجموعة مقالات نشرت بالمحاماة ١٩٢١ وتعرض له بالنقد بعد ذلك المستشار ماكاريث فى محاضرة ألقاها بكامبردج ١٩٢٤ (راجع رسالة الدكتور أحمد فهمى وموضوعها Vers L'unité de juridiction en Egypte باريس ١٩٣٠ . ٥٣ وما بعدها) .

وقد اقترح فى مشروع ملنر نقل اختصاص المحاكم القنصلية للمحاكم المختلطة (راجع فى تفاصيل هذا المشروع رسالة أحمد فهمى ١٣٣ وما بعدها) .

وفى مفاوضات ثروت — تشمبرلين (١٩٢٧) اعترفت انجلترا رسميا بضرورة تحوير نظام الامتيازات والتزمت بتدخلها بالسعى لدى الدول الممتازة لتحقيق ذلك الغرض (المادة ٩ من المشروع) وكان من شأن التعديل استبقاء السلطة التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة وامتدادها للتشريع المالى على وجه خاص أكثر تقييدا (رسالة فهمى ١٢٤) .

(١) فقد نص فى المادة ١١ من مشروع الاتفاق على أن بريطانيا العظمى تعترف بأن نظام الامتيازات أصبح غير متفق مع مقتضيات العصر ولذلك فان بريطانيا العظمى تلتزم باستعمال نفوذها لدى الدول صاحبات الامتياز كى تقبل نقل اختصاص المحاكم القنصلية للمحاكم المختلطة وأن يسرى التشريع المصرى على رعاياها وذلك مع المحافظة على المصالح المشروعة لهؤلاء الرعايا .

ويستفاد من النص المتقدم أن التشريع المالى كغيره يجب تقديمه للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة حتى اذا وافقت عليه نفذ . ومعلوم أنه لا يمكن فى الوقت الحاضر لمحكمة الاستئناف المختلطة الموافقة على فرض ضريبة بل لابد من موافقة الدول الممتازة ، فالقيود موجودة ولكن بصورة أخف . =

فالدول صاحبات الامتياز وعلى رأسها انجلترا نفسها تقر اذن بضرورة الاصلاح من جديد ، وأن النظام الحالى نظام فاسد محتاج الى التنقيح فى نواح متعددة . ولقد حاولت الحكومة المصرية فيما مضى ادخال بعض الاصلاحات ولكن مساعيها لم توفق ، فاستمرت الحال على ما هى عليه الآن فما هو السبب اذن فى عدم توفيقها ؟

عندى أن السبب فى ذلك يرجع الى عدم الاتفاق على مدى الضمانات التى يتطلبها الأجانب فى مقابل التعديل المراد ادخاله . ان النظام الحالى يكفل بلا شك للأجانب ضمانات هائلة بل فاحشة اذ يترتب عليها سد السبل أمام الأمة المصرية فى سبيل التقدم ومجاراة الدول المتمدينة . فالضمانات الحالية ضمانات باهظة ويجب أن يتنازل الأجانب عن جانب كبير منها على الأقل ، ولكن كيف يتحدد هذا الجانب وما هى الضمانات المشروعة ؟ هذا ما فشلت أمامه المفاوضات .

٦٠١ — لا شك أنه من المستغرب أن يتطلب الأجانب فى دولة ما ، ضمانات لاقامتهم فى اقليمها . ومع ذلك فهذا هو الحاصل فى مصر ، وأساس طلب الأجانب للضمانات انما هو عدم ثقتهم بالسلطات المصرية ، يخشون أن تتعسف معهم السلطة التنفيذية ! ! وأن لا تنصفهم السلطة القضائية ! ! وأن ترهقهم السلطة التشريعية ! ! هذه هى الأوهام والهواجس التى تجرى فى رؤوسهم ، فلا يتصورون خضوعهم لهذه السلطات ، ولا يرضون أن يضعوا أنفسهم فى هذا المركز البشع ! ! كالأجانب فى سائر البلاد الأخرى ، ويظهر أن سوء ظنهم راجع الى حالة الفوضى

= وقد أخذ بنفس المبدأ فى مفاوضات النحاس — هندرسن . ويتبين من الوثائق الرسمية (الكتاب الأخضر المصرى) أن دولة النحاس باشا أفهم الطرف الآخر أن ماترمى اليه مصر هو الغاء الامتيازات الأجنبية ، ولكن فى انتظار هذا الالغاء ستكون هناك حالة وقتية ، وهى حالة توسيع اختصاص المحاكم المختلطة فى بعض المسائل التى سيلغى فيها الاختصاص القنصلى وتوسيع سلطة جمعيتها العمومية فى المسائل التى يشترط فيها موافقة الدول (انظر المادة ١١ من مشروع معاهدة النحاس باشا — هندرسن) فالحالة النهائية هى الغاء الامتيازات ، وأما الحالة الوقتية فهى توسيع اختصاص المحاكم المختلطة وسلطة جمعيتها العمومية .

التى كانت تسود مصر فيما مضى و بخاصة فى غضون القرن التاسع عشر ، فظلوا تحت تأثير هذا الحكم السابق يتنقلونه جيلا بعد جيل ، وكأنهم لا يشعرون بمقدار التقدم الذى خطته البلاد تحت أنظارهم . وفى ظنى أن أغلبيتهم تتناساه رغبة فى الاستمتاع بالنظام القائم أطول مدة ممكنة (١) ولو على حساب هذه الأمة التى أكرمت وفادتهم فلاقت منهم جزاء سنمار .

٦٠٢ — والواقع أن المصريين اليوم لا يقنعون بتعديل نظام الامتيازات بل يصممون على ضرورة الغائه ورد الأمور الى نصابها الطبيعى ، فتسترد الدولة المصرية سيادتها كاملة ، ويصبح الكل سواء أمام القانون (٢) . ولا يمكن مطلقا

---

(١) اذ من المعلوم أن كثيرين من الأجانب تمكنوا من جمع ثروات كبيرة فى مصر بفضل نظام الامتيازات ، اذ كانت الضرائب الجمركية ضئيلة جدا قبل سنة ١٩٣٠ مما قلل الانتاج الصناعى التجارى الوطنى وشجع الاستيراد من الخارج ، كما أن هناك وسائل أخرى غير مشروعة اعتمد عليها بعض الأجانب كى يجمع ثروته ، وترتكن هذه الوسائل على وجود نظام الامتيازات وليس هنا مجال الافاضة فى هذا الشأن .

(٢) وربما كان من المفيد أن نشير هنا الى عقيدة تكاد تكون راسخة مدارها ضرورة وضع نظام وقتى يسبق الغاء الامتيازات وأن مقتضى هذا النظام هو استبقاء المحاكم المختلطة وقتا ما مع توسيع اختصاصها ! ! وربما كان الجرى على هذا المنوال متفقا مع أصول الدبلوماتية والكياسة السياسية ولكن الركون اليه ليس حتميا ولا تقتضيه الضرورات القانونية أو القضائية ، اذ أن مناط وجود المحاكم المختلطة هو عدم الثقة لا فى القضاء المصرى ولا فى التشريع المصرى . أما القضاء المصرى فقد بلغ مستوى محترما لا يمكن أن يجحده الا كل مكابر وأما التشريع المصرى فهو سار على الأجانب متى وافقت الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ويندر أن ترفض هذه الجمعية مشروع قانون مما يعرض عليها . ولا يبقى الا التشريع المالى الذى تلزم فيه الآن مفاوضة الدول الممتازة . وقد قررنا أن الامتياز المالى لا سند له فى القانون وانما جرى به العرف والتسامح وأنه لا مناص من الغائه بقيت المحاكم المختلطة أو ألغيت . وليس هناك اذن من مبرر ظاهر لاستبقاء المحاكم المختلطة مدة وقتية أخرى ولا يترتب على ذلك سوى الاستمرار فى تعقيد الأمور والاعتراف بالاعتداء على سيادة البلاد زمنا لانعرف نهايته على وجه التأكيد . ازاء ما تقدم نرى أن الأصوب هو الغاء المحاكم المختلطة على أن تكون الفترة الوقتية لوجودها بمثابة فترة تصفية نهائية . ولا يمكن أن يترتب على هذا الالغاء الاضرار بمصالح المتقاضين لأن التشريعات التى تطبقها هذه المحاكم تكاد تكون بعينها =

أن يباح للأجانب أن يتطلبوا ضمانات أكثر مما تسمح به القواعد المقررة فى القانون الدولى العام ، وفى هذا ما يكفى لطمأنينتهم .

٦٠٣ — فلا محل اذن لبقاء نظام الامتيازات فى الوقت الحالى ، لأن هذا النظام انما وجد فى عهد كانت الأنظمة السائدة فى الدولة العلية ، أنظمة اسلامية بحتة . أما الآن فتطورت الأمور وأصبحت الدولة المصرية منظمة تنظيما أوروبيا وضعيا . . فللمصريين دستورهم يحدد عمل كل سلطة ويقرر الضمانات الكافية للجميع . وفى البلاد تشريعات مستمدة من أحدث التشريعات الغربية ويقوم بتطبيقها قضاة تلقوا ثقافة قانونية فى مستوى ثقافة القضاة الأوروبيين ، ففى امكانهم اذن تحقيق العدالة أسوة بهم لأن دراستهم واحدة ، هذا وقد أتيح لهم فى خلال الخمسين سنة الماضية أن يكتسبوا خبرة واستقلالا علاوة على ما أظهروه من نزاهة وعدم تحيز .

ولقد نظمت المحاكم الأهلية تنظيما عصريا وأنشئت محكمة للنقض على رأسها حتى تراقب سير العدالة ، كما أن المحاكم الجزئية قد توزعت فى أنحاء البلاد وكثر عدد القضاة [1] وارتفع مستوى أحكامهم فأصبح لا يقل عن مستوى أحكام المحاكم الأوروبية . كما لا ننسى أن نشير الى النهضة الفقهية ، اذ كثرت المؤلفات

= التشريعات التى تطبقها المحاكم الوطنية فمجال الاضرار بالحقوق المكتسبة ضئيل ولا يوازى المنفعة التى تعود على البلاد من الالغاء . ويكفى لتحقيق الغرض السالف زيادة عدد القضاة الحاليين بقدر الثلث تقريبا وزيادة عدد الموظفين الكتابيين . فالصعوبة المالية ليست عسيرة فى شىء وأما الصعوبة السياسية فهى محل الاعتبار وحلها منوط برجال السياسة المصرية .

ولا شك أنه سيترتب على عملية الالغاء السابقة ضرورة تعديل النصوص التشريعية المصرية حتى يمكن مواجهة الحال الجديدة فيستكمل النقص ويرتفع الغموض المحيط ببعض النصوص الحالية . وقد فطنت الحكومة المصرية الى ذلك فألفت لجنة لتعديل القوانين المدنية والتجارية برياسة الأستاذ أحمد نجيب الهلالى بك وزير المعارف الأسبق وأخرى لتعديل القوانين الجنائية برياسة الأستاذ مصطفى محمد باشا رئيس محكمة النقض .

(١) وفى هذا تمتاز المحاكم الأهلية على المحاكم المختلطة ، كما لا ننسى الاشارة الى فداحة الرسوم فى هذه الأخيرة مما يعطل سير العدالة .

بلغة البلاد كما انتشرت المجلات القانونية ، وازدادت الأبحاث واشترك المصريون فى كثير من المؤتمرات القانونية الدولية ونالت أبحاثهم تقدير الكافة ، ومنها ما نشر بأوسع المجلات الأوروبية انتشارا .

والخلاصة اذن أن فى البلاد قانونيين يقدرون على تحقيق عدالة مصرية بين الجميع ، وأنه يجب حتما الاستغناء عن المحاكم المختلطة ، لأن دورها قد انتهى وآن الأوان لأن تحل المحاكم الوطنية محلها [1] . نعم ان المحاكم المختلطة قد أدت خدمات جليلة للعدالة فى مصر ، وكذلك كانت أنموذجا للمحاكم الأهلية ، ولكن لم يعد لبقائها صفة فى الوقت الحاضر سوى ما يترتب على ذلك من تعقيد الأمور بازدواج الاختصاص والتنافس بين الهيئات القضائية كل فى توسيع اختصاصها على حساب العدالة ومصلحة المتقاضين . كما أن المشاكسين من هؤلاء يجدون وسائل مختلفة لتضييع الحقوق على أربابها أو على الأقل المماطلة فيها زمنا طويلا [2] . هذا علاوة على أن وجودها فى ذاته وصمة فى جبين البلاد وسبة لأهلها .

٦٠٤ — والواقع أن نظام الامتيازات كان متجانسا مع الأفكار التى كانت سائدة وقت تقريره ، أو لم يكن تطبيقا لمبدأ شخصية القانون ؟ أو لم يكن القضاء القنصلى سائدا فى البلاد الأوروبية ومنها فرنسا ؟ أما الآن فقد تغيرت الظروف وأصبح نظام الامتيازات يقرر قيودا على السيادة الوطنية ما كانت

---

(١) وفى اعتقادنا أنه لا غضاضة فى اتباع أوضاع خاصة يقصد بها تقرير ضمانات فى قضايا الأجانب ولو لمدة مؤقتة حتى تطمئن النفوس كل الاطمئنان . ولقد قبلت تركيا عند الغائها الامتيازات بمعاهدة لوزان مبدأ الاستعانة ببعض قانونيين من الأجانب كى يساهموا فى وضع واتباع التقاليد القضائية الجديدة . وليس هنا محل تفصيل هذه الضمانات الخاصة التى يمكن أن تعطى فى مقابل تنازل الدول عن امتيازاتها القضائية والغاء المحاكم المختلطة .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك مؤلف الأستاذ عبد الفتاح السيد بك والأستاذ Desserteaux فى المرافعات المدنية والتجارية المصرية باللغة الفرنسية ١٩٢٦ . ٨ — ٩ .

لتقبل فى البداية [١] ، أفليس من الطبيعى اذن أن تسترد الدولة المصرية سيادتها فى ظل المبادىء الجديدة فى القانون العام ، وأساسها احترام سيادة الدولة الاقليمية والشخصية ؟

٦٠٥ — ان نظام الامتيازات الحالى قد تغير تغيرا كليا فضاعت الفوائد التى كان ينشدها ، وأدى وجوده فى النهاية الى مساوىء كثيرة . فلقد بدأ هذا النظام لمصلحة طائفة قليلة العدد من الأجانب التجار الشرفاء ، أما الآن فالمستفيدون منه خليط من الصالح والطالح . وأكثر المتمسكين به الأخيرون ، اذ من المشاهد أن نظام الامتيازات يحمى مهرب المخدرات والمتجر فيها ، وأصحاب أندية القمار وتجار الرقيق والمجرمين الأشرار الذين يعبثون بأرواح الناس وبكرامتهم أجانب ومصريين دون أن يخشوا فى ذلك لومة لائم ، ولطالما استخدم امتياز حرمة المسكن للعبث بحرمة العدالة ، وغير ذلك من الأضرار التى يصعب حصرها فى هذا المجال .

ولا أنسى أن أوجه الأنظار فى النهاية الى أن الامتياز المالى فى ذاته فضيحة مجسمة لأن مبناه أن يتهرب الأجانب من أعباء عادلة فى مواجهة الدولة التى تؤمنهم على أموالهم وأشخاصهم ، كل هذا علاوة على ما يترتب على هذا الامتياز من اعاقة سير تقدم الأمة المصرية ومساهمتها فى صرح المدنية العالمية الحاضرة [٢] .

---

(١) وتعد هذه القيود بمثابة ارتفاقات على سيادة الدولة أو كان من المعقول أن تقبل الدولة العلية تقرير ارتفاقات على سيادتها وهى فى أوج عظمتها ! هذا ومن المفيد أن نشير هنا الى أن الامتيازات قد تقررت عن طريق المنح أفلا يكون من المعقول أن يقف المنح اذا ما ثبت الضرر واضحا ، وأن يكف المعطى يده عن العطاء اذا ما أراد ذلك ؟ أليس من الغريب أن يجبر المعطى على العطاء اضرارا بنفسه ورغم حاجته لما يعطيه ؟

(٢) راجع بشأن الامتياز المالى بحث حضرة صاحب الدولة اسماعيل صدقى باشا المنشور باللغة الفرنسية فى مجلة مصر العصرية ١٩٢٦ . ٨١ — ٩٢ وانظر أخيرا الخطاب القيم الذى ألقاه معالى مكرم عبيد باشا وزير المالية عن مشروع ميزانية الدولة لسنة ١٩٣٦ — ١٩٣٧ فى مجلس النواب بجلسة ٨ يوليه ١٩٣٦ (المطبعة الأميرية ١٩٣٦) .

هذا ولقد اختفت الامتيازات من تركيا بعد أن اعتقد الجميع أنها كانت سرمدية . وعبثا حاولت الدول أن تتمسك بأبدية المعاهدات المقررة لها ، اذ فاتها أن شرط تغير الظروف Clause rebus sic stantibus مفترض فيها بغير نص ، فمن المعقول اذن أن ينتهى هذا النظام فى مصر ، وقد ثبت منذ زمن بعيد عدم ملاءمته مما أدى الى عقد المعاهدات الخاصة بانشاء المحاكم المختلطة [(١)] .

وقصارى القول ان المصريين لا يرتكبون أمرا نكرا بطلبهم الغاء الامتيازات الأجنبية ، اذ من حقهم أن يحيوا فى بلادهم حياة جديرة بتاريخهم المجيد .؟

(١) ولا يمكن الادعاء الآن بأن الغاء المحاكم المختلطة يترتب عليه احياء النظام القديم ومساوئه اذ لا يعقل أن يلغى السيء لكى يحيا الأسوأ .

ملحق الكتاب

(ا) المعاهدة المعقودة بين مصر وألمانيا

الموقعان على هذا حضرة صاحب الدولة أحمد زيور باشا وزير خارجية الحكومة المصرية باسم حضرة صاحب الجلالة ملك مصر، وجناب المسيو جوزيف مرتنس مندوب ألمانيا فوق العادة ووزيرها المفوض بالقطر المصرى باسم رئيس الحكومة الألمانية بما لها من الحقوق المخولة من حكومتيهما .

رغبة فى ايجاد علائق ودية بين الحكومة المصرية والحكومة الألمانية لا تمس ما لمصر من الحقوق المكتسبة بمقتضى الأحكام المنصوص عليها صراحة فى معاهدة فرساى فان الحال تدعو الى تقرير شروط توطن الرعايا المصريين بألمانيا والرعايا الألمان بمصر على قاعدة التبادل .

وأن الحكومة المصرية مدفوعة بالرغبة عينها على استعداد لتفويض الحكومة الألمانية بصفة مؤقتة حق محاكمة رعاياها فى القطر المصرى أمام محاكم قنصلية فى بعض المواد وطبقا للشروط المبينة بهذا الاتفاق .

قد اتفقا على تقرير الأحكام الآتية :

مادة ١ — يتمتع رعايا كل من الدولتين المتعاقدتين بحق التوطن والاقامة فى أرض الدولة الأخرى على أن يكونوا خاضعين لجميع قوانينها ولوائح البوليس .

مادة ٢ — لأجل التمتع بهذا الحق يجب عليهم أن يكونوا حاصلين على مستندات كافية تثبت شخصيتهم وجنسيتهم تبعا للقواعد التى تقرر فيما بعد باتفاق الطرفين .

ولكل من الدولتين المتعاقدتين الحق المطلق فى أن تحرم على رعايا الدولة الأخرى التوطن أو الاقامة بأرضها، كما أن لها الحق فى ابعادهم عن أرضها لسبب من الأسباب الآتية :

صالح أمن الدولة فى الداخل أو فى الخارج .
صدور حكم جنائى أو لسبب له علاقة بنظام الصحة أو الآداب .

مادة ٣ — تفوض الحكومة المصرية للحكومة الألمانية بصفة مؤقتة حق محاكمة الرعايا الألمان بمصر أمام محاكم قنصلية فى جميع المواد التى كانت المحاكم الألمانية مختصة بنظرها حتى سنة ١٩١٤ .

وينتهى هذا التفويض عند العمل بنظام قضائى جديد ينفذ فى جميع الأجانب بالقطر المصرى . ويكون هذا التفويض بالشروط والقيود الآتية :

(ا) فى المواد الجنائية تكون المحاكم القنصلية مختصة بالحكم فى القطر المصرى بصفة نهائية الا فى حالة الطعن على تلك الأحكام لوجه من الأوجه القانونية .

(ب) تكون المحاكم المصرية مختصة بمحاكمة الرعايا الألمان دون المحاكم القنصلية الألمانية فى المواد الجنائية الآتية :

(١) فى الجنايات أو الجنح المخلة بأمن الدولة المصرية فى الداخل أو فى الخارج أو ضد نظام الحكومة القائم أو ضد النظام الاجتماعى ، المنصوص عليها فى البابين الأول والثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات الأهلى وفى القانون رقم ٣٧ الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٢٣ .

(٢) التطاول أو العيب فى حق جلالة ملك مصر أو فى حق أعضاء الأسرة الملكية طبقا للقانون رقم ٣٢ الصادر فى ٢ اكتوبر سنة ١٩٢٢ بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الأهلى .

(٣) فى الجنايات أو الجنح التى تقع من الرعايا الألمان الموظفين أو المستخدمين فى المصالح العامة المصرية أثناء تأدية وظائفهم أو بسبب تأديتها .

(ج) يجوز للسلطات المحلية فى كل وقت أن تباشر اجراءات التحقيق الابتدائية طبقا للقوانين واللوائح المعمول بها بشرط اخطار قنصلاتو المانيا بذلك فى الحال .

مادة ٤ — لأجل تطبيق هذا الاتفاق يقصد بكلمة « الرعايا الألمـان » أهالى الحكومة الألمانية والريخ ، الذين من أصل ألمانى أو الذين اكتسبوا هذه الرعوية بحكم القانون .

مادة ٤ — تكون هذه المعاهدة نافذة بعد خمسة عشر يوما من تاريخ التوقيع عليها . ويجب التصديق عليها من برلمان كل من الدولتين ويكون تبادل التصديق عليها فى أقرب وقت بالقاهرة .

مـذكرة

ملحقة بالمعاهدة المعقودة بين مصر والمانيا

رأى المتعاقدان بالاتفاق بينهما انه من المفيد تحـديد معنى بعض أحكام المعاهدة المشار اليها ومدى هذه الأحكام ، فوضعت هذه المذكرة بيانا لذلك :

أولا — عن المادة الأولى :

من المتفق عليه ان عبارة « جميع قوانين البلاد » تشمل قوانين الضرائب .

ثانيا — عن الجزء « ب » من المادة الثالثة بفقرتيها الأولى والثانية :

من المتفق عليه انه يجوز للشارع المصرى فى المستقبل أن يعدل فى الأحكام التشريعية الوارد ذكرها فى ذلك النص مع بقائها نافـذة على الرعايا الألمان . أما اذا أضيفت جرائم جديدة الى الجرائم التى تعينها الأحكام المذكورة فلا تدخل الجرائم الجديد ضمن الجرائم التى احتفظ المحاكم المصرية بحق النظر فيها .

ثالثا — عن الجزء « ج » من المادة الثالثة :

المقصود من « اجراءات التحقيق الابتدائية » الاجراءات المنصوص عليها فى أحوال التلبس المبينة فى البـاب الثانى من الكتاب الأول من قانون تحقيق الجنايات الأهلى .

رابعا — عن المادة الرابعة :

رغبت الحكومة المصرية فى أن تحتاط لحالة ما اذا تملكت دولة الريخ مستعمرات أو أراضى خارج القارة و بناء على طلبها اتفق الطرفان على ان عبارة «أو الذين اكتسبوا هذه الرعوية بحكم القانون» لا يمكن تفسيرها على انها تنطبق على أهل المستعمرات أو الأراضى المنضمة الواقعة خارج القارة الأوروبية الذين يمكن أن يمنحوا الجنسية بقانون أو معاهدة أو أية وسيلة أخرى .

خامسا — عن المادة الخامسة :

لما كانت المعاهدة لا تصبح نهائية بحكم هذه المادة الا بعد تصديق برلمانى الدولتين عليها ، فان الحكومتين المتعاقدين تتعهدان بتقديمها لهذا التصديق عند ما تسمح به الظروف .

ب — المعاهدة المعقودة بين المملكة المصرية والجمهورية النمساوية

الموقعان على هذا حضرة صاحب السعادة الدكتور حسن نشأت باشا المندوب فوق العادة والوزير المفوض ببرلين باسم حضرة صاحب الجلالة ملك مصر وجناب المسيو جان شوبر رئيس الحكومة النمساوية باسم رئيس اتحاد جمهورية النمسا بما لهما من الحقوق المخولة من حكومتيهما .

رغبة فى ايجاد علائق ودية بين الحكومة المصرية والحكومة النمساوية لا تمس ما لمصر من الحقوق المكتسبة بمقتضى الأحكام المنصوص عليها صراحة فى معاهدة سان جرمان آن لى بتاريخ ١٠ سبتمبر سنة ١٩١٩ تدعو الى تقرير شروط توطن الرعايا المصريين بالنمسا والرعايا النمسويين بمصر على قاعدة التبادل .

وأن الحكومة المصرية مدفوعة بالرغبــــة عينها على استعداد لتفويض الحكومة النمساوية بصفة مؤقتة حق محاكمة رعاياها فى القطر المصرى أمام محاكم قنصلية فى بعض المواد وطبقا للشروط المبينة بهذا الاتفاق .

وقد اتفقا على تقرير الأحكام الآتية :

مادة ١ — يتمتع رعايا كل من الدولتين المتعاقدتين بحق التوطن والاقامة فى أرض الدولة الأخرى على أن يكونوا خاضعين لجميع قوانينها بما فيها قوانين الضرائب وكذا للوائح البوليس .

مادة ٢ — لأجل التمتع بهذا الحق يجب عليهم أن يكونوا حاصلين على مستندات كافية تثبت شخصيتهم وجنسيتهم تبعــا للقواعد التى تقرر فيما بعــد باتفاق الطرفين .

ولكل من الدولتين المتعاقدتين الحق فى أن تحرم على رعايا الدولة الأخرى بالتوطن أو الاقامة بأرضها . كما أن لها هذا الحق فى ابعادهم عن أرضها بسبب من الأسباب الآتية .

صالح أمن الدولة فى الداخل أو فى الخارج أو غيرها من مصالح الدولة الكبرى أو صدور حكم جنائى أو لسبب له علاقة بنظام الصحة أو الآداب .

مادة ٣ — تفوض الحكومة المصرية للحكومة النمساوية بصفة مؤقتة حق محاكمة الرعايا النمساويين بمصر أمام محاكم قنصلية فى جميع المواد التى كانت المحاكم النمساوية المجرية مختصة بنظرها حتى سنة ١٩١٤ .

وينتهى هذا التفويض من تلقاء نفسه عند العمل بنظام قضائى جديد اختصاصه عام بالنسبة للأجانب بالقطر المصرى .

ويكون هذا التفويض بالشروط والقيود الآتية :

(ا) فى المواد الجنائية تكون المحاكم القنصلية النمساوية مختصة بالحكم فى القطر المصرى بصفة نهائية الا فى حالة الطعن على تلك الأحكام لوجه من الأوجه القانونية .

(ب) تكون المحاكم المصرية مختصة بمحاكمة الرعايا النمساويين دون المحاكم القنصلية النمساوية فى المواد الجنائية الآتية : —

(١) فى الجنايات أو الجنح المخلة بأمن الدولة المصرية فى الداخل أو فى الخارج أو ضد نظام الحكومة القائم أو ضد النظام الاجتماعى ، المنصوص عليها فى قانون العقوبات الأهلى أو فى غيرها من القوانين التى تليه .

(٢) التطاول أو العيب فى حق جلالة ملك مصر أو فى حق أعضاء الأسرة الملكية المعاقب عليها بمقتضى أحكام قانون العقوبات الأهلى وجميع القوانين التى تليه .

(٣) فى الجنايات أو الجنح التى تقع من الرعايا النمساويين المعينين فى خدمة الحكومة مهما كانت صفة التعيين وذلك أثناء تأدية وظائفهم أو بسبب تأديتها .

(ج) يجوز للسلطات المحلية فى كل وقت أن تباشر اجراءات التحقيق الابتدائية طبقا للقوانين واللوائح المعمول بها بشرط أخطار القنصلية النمساوية بذلك فى الحال .

مادة ٤ — لأجل تطبيق هذا الاتفاق يقصد « بالرعايا النمساويين » الأهالى الذين من أصل نمساوى أو الذين اكتسبوا هذه الرعوية بحكم القانون

مع استبعاد المتمتعين بالحماية النمساوية .

مادة ٥ — تكون هذه المعاهدة نافذة بعد خمسة عشر يوما من تاريخ التوقيع عليها . ويجب الموافقة عليها بمعرفة السلطات المختصة فى الدولتين ويكون تبادل وثائق التصديق عليها فى أقرب وقت بفينا .

مذكرة

ملحقة بالمعاهدة المعقودة بين المملكة المصرية والجمهورية النمساوية

ورأى المتعاقدان بالاتفاق بينهما أنه من المفيد تحديد معنى بعض أحكام المعاهدة المشار اليها ومدى هذه الأحكام ، فوضعت هذه المذكرة بيانا لذلك .

أولا — عن الجزء « ب » من المادة الثالثة بفقرتيها الأولى والثانية :

من المتفق عليه أن القوانين التالية المشار اليها فى الفقرتين الأولى والثانية من الجزء « ب » من المادة الثالثة اذا ما أضافت جرائم جديدة الى تلك التى تنص عليها الأحكام الحالية لقانون العقوبات الأهلى فان هذه الجرائم الجديدة لا تدخل ضمن تلك التى احتفظ للمحاكم المصرية بحق النظر فيها .

ثانيا — عن الجزء « ج » من المادة الثالثة .

المقصود من « اجراءات التحقيق الابتدائية » الاجراءات المنصوص عليها فى أحوال التلبس المبينة فى الباب الثانى من الكتاب الأول من قانون تحقيق الجنايات الأهلى .

ثالثا — عن المادة الرابعة .

رغبت الحكومة المصرية فى أن تحتاط لحالة ما اذا تملكت النمسا مستعمرات أو أراضى خارج القارة الأوربية وبناء على طلبها اتفق الطرفان على أن عبارة « أو الذين اكتسبوا هذه الرعوية بحكم القانون » لا يمكن تفسيرها على أنها تنطبق على أهل المستعمرات أو الأراضى المنضمة الواقعة خارج القارة الأوربية الذين يمكن أن يمنحوا الجنسية النمساوية بقانون أو معاهدة أو أية وسيلة أخرى .

جـ — معاهدة بالصداقة وبحقوق الاقامة

بين المملكة المصرية والأمبراطورية الفارسية

حضرة صاحب الجلالة ملك مصر .

حضرة صاحب الجلالة الأمبراطورية شاه الفرس .

نظرا لما لدى جلالتهما من خالص الرغبة فى زيادة توثيق عرى الصداقة الكائنة بين دولتيهما قد اتفقا على عقد معاهدة تثبت فيها قواعد علاقتهما الودية وذلك الى أن تعقد اتفاقات قنصلية وجمركية وتجارية .

وعينا لهذا الغرض مندوبيهما المفوضين .

من لدن حضرة صاحب الجلالة ملك مصر :

حضرة صاحب السعادة حسن نشأت باشا مندوبه فوق العادة ووزيره المفوض بطهران .

ومن لدن حضرة صاحب الجلالة الأمبراطورية شاه الفرس :

حضرة صاحب السعادة فتح الله خان بكرفان القائم بادارةوزارة خارجيته.

اللذين بعد أن تبادلا وثائق تفويضهما وتبينا صحتها ومطابقتها للأصول المرعية اتفقا على الأحكام الآتية :

(المادة الأولى)

يكون بين المملكة المصرية والأمبراطورية الفارسية وبين رعاياهما سلام دائم وصداقة خالصة .

(المادة الثانية)

يتمتع الممثلون السياسيون لكل من الطرفين المتعاقدين وجميع أفراد بعثاتهم المعتبرين من هيئة التمثيل السياسى فى بلاد الطرف الآخر بنفس الامتيازات والتنظيمات والحصانات التى يتمتع بها ممثلو الدول الأخرى ووكلاؤهم السياسيون وذلك على أساس التبادل .

(المادة الثالثة)

يجوز لكل من الطرفين المتعاقدين أن يعين لدى الدولة الأخرى قناصل عامين وقناصل ووكلاء قناصل من طائفة الموظفين يقيمون فى العاصمة أو فى المدن المهمة التى يسمح عادة للوكلاء الأجانب بالاقامة فيها .

ويجوز كذلك لكل من الطرفين المتعاقدين أن يعين بعد الحصول مقدما على موافقة الدولة الأخرى قناصل ووكلاء قناصل ووكلاء قنصلين شرفيين من غير طائفة الموظفين يقيمون فى المدن السابق ذكرها انما لا يجوز بحال انتخابهم من بين رعايا الدولة التى يقيمون فيها ويتمتع أفراد الطائفتين بعد حصولهم على الأجازة اللازمة لقيامهم بأعمالهم بالامتيازات الشرفية والحصانات المتفق عليها لكل منهما فى القانون الدولى العام وذلك على أساس التبادل .

(المادة الرابعة)

تكون لرعايا كل من الطرفين المتعاقدين الحرية التامة فى دخول بلاد الطرف الآخر والاقامة فيها فلهم فيها حرية الذهاب والاياب والطواف والاقامة والتوطن مع مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها فى البلاد .

ويتمتعون مثلهم مثل الوطنيين بالحماية المستمرة التامة وبالأمن بالنسبة لأشخاصهم وأملاكهم وحقوقهم ومصالحهم طبقا لقواعد القانون الدولى العام .

ولا تمنع أحكام هذه المادة من حق الابعاد المستعمل فى الحالات الفردية وفاقا لما يجرى العمل عليه فى القانون الدولى العام ولقواعد القانون المذكور .

(المادة الخامسة)

يجوز لرعايا كل من الطرفين المتعاقدين أن يباشروا فى بلاد الطرف الآخر كافة أنواع الصناعة والتجارة وكل حرفة أو مهنة مهما كانت الا ما خصص منها بقوانين البلاد للوطنيين دون الأجانب أو ما كان منها موضوع احتكار الدولة — أو احتكار منحته الدولة .

ويكون لهم حق امتلاك وحيازة المنقولات والعقارات والتصرف فيها مع مراعاة القوانين واللوائح المعمول بها فى البلاد التى يقيمون فيها وتكون حالهم فى ذلك كافة كحال رعايا أكثر الدول امتيازا لديها ولا يجوز أسوة بالوطنيين نزع أملاكهم وحرمانهم من الانتفاع بها ولو مؤقتا الا لسبب يعتبر قانونا من المنافع العامة فى مقابل تعويض .

(المادة السادسة)

يخضع رعايا كل من الطرفين المتعاقدين فى بلاد الطرف الآخر أسوة بالوطنيين للتشريع المحلى من قوانين ومراسيم وقرارات ولوائح فى المسائل الجنائية والمدنية والتجارية والادارية والمالية وغيرها كما يخضعون لجهات الاختصاص المخصصة للوطنيين .

وتطبق الجهات المختصة قانونا فى مسائل الأحوال الشخصية من جهات الاختصاص السابقة الذكر التشريع الأهلى الخاص بالمتقاضين طبقا لقواعد القانون الدولى وذلك فى حالة التجاء أحد الخصوم فى الدعوى اليها .

لا تخل الأحكام السابقة بالاختصاصات المعترف بها عموما للقناصل بمقتضى العادات الدولية فى مسائل الأحوال المدنية ولا بحقهم فى الاختصاص العرفى .

(المادة السابعة)

يعفى رعايا كل من الطرفين المتعاقدين فى بلاد الطرف الآخر من جميع الالتزامات الشخصية أو السخرة أو المعونة ذات الصبغة العسكرية وكذلك يعفون من كل اعانة أهلية أو قرض جبرى أو ضريبة استثنائية فرضت لحاجات حربية .

(المادة الثامنة)

يوافق الطرفان المتعاقدان على أن يعقدا بينهما فى أقرب فرصة اتفاقات قنصلية وجمركية وتجارية مبنية على المساواة التامة فى الحقوق بين الدولتين .

(المادة التاسعة)

يعمل بهذه المعاهدة لمدة خمس سنوات فاذا لم يبطلها أحد الطرفين المتعاقدين في ظرف ستة شهور سابقة على انتهاء السنوات الخمسة الأولى جاز ابطالها بعد مضى السنوات الخمسة فى أى وقت باخطار يسبق تاريخ الابطال بستة شهور .

(المادة العاشرة)

يصدق على هذه المعاهدة ويتبادل التصديقان فى طهران بأسرع ما يمكن .

(المادة الحادية عشرة)

يعمل بهذه المعاهدة ابتداء من تاريخ تبادل وثائق التصديق عليها .

(المادة الثانية عشرة)

وضعت هذه المعاهدة من صورتين باللغات العربية والفارسية والفرنسية وفى حالة حدوث خلاف يعتمد النص الفرنسى .

وتأييدا لما تقدم قد وقع المندوبان المفوضان هذه المعاهدة ووضعا عليها ختميهما .

بروتوكول اضافى

(١) لا تؤثر هذه المعاهدة فى شيء على أحكام الاتفاق المؤقت المعقود بين الطرفين المتعاقدين فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ .

(٢) تبقى الدعاوى التى رفعت الى جهات اختصاص بمقتضى القواعد المعمول بها قبل العمل بهذه المعاهدة من اختصاص هذه الجهات دون غيرها لحين صدور حكم نهائى فيها .

فهرس تحليلى

صفحة

الكتاب الثانى

فى

تنازع الاختصاص

الكتاب الثالث

فى

الجنسية المصرية والموطن والدين

صفحة

صفحة

صفحة

اصلاح خطأ

صفحة	سطر	خطأ	صواب
١٤٨	١٥	للزواج	بالزواج
١٤٨	١٦	بالوصايا	بالوصاية والقوامة
١٥١	٥	المادة ١٣٠	المادة ١٩٠
١٥١	٧	المادة ١٩٠	المادة ١٣٠
١٨٠	٣	المادة ٧٨ م . م	المادة ٤ م . م
٢٠٧	١٤	لا بد من وجوده	لا بد من وجوده عادة
٢٢٨	١	فى المواد ٧٧	فى المواد ٥٥
٢٣٧	٢ هامش	لحسب ad soleminitatem	لحسب ad probationem لا ad solemnitatem
٢٤٠	١٠ هامش	بعمل ادارى	بقرار ادارى
٣١٤	٦	ببلد ثابت	ببلد ثالث
٣١٦	٧	وأستلفت	وألفت
٤٨٨	١١	رفضه به	رفضه
٥٥٦	٦ هامش	فعليها	عليها
٥٦٣	١ هامش	قد يكونوا	قد يكونون
٦٣٩	٨	١٥٦٧	١٥٨٧
٦٥٣	١	برية	نهرية
٦٨٠	١ هامش	راجعوا	راجع

ولا جدال فى وجود بعض أخطاء أخرى ولـكن من السهل تداركها ؟


